

ANDRÉS FELIPE PELÁEZ REYES

**LA CONSTITUCIONALIDAD DE LIMITAR LA REBAJA DE PENA EN EL
ALLANAMIENTO A CARGOS**

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

RECTOR:

DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL:

DRA. MARTHA HINESTROSA REY

**DECANA DE LA FACULTAD DE
DERECHO:**

DRA. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

**DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO
DE DERECHO PENAL:**

DR. JAIME BERNAL CUELLAR

DIRECTOR DE TESIS

DR. WILLIAM TORRES TOPAGA

PRESIDENTE DE TESIS

DR. JAIME BERNAL CUELLAR

EXAMINADORES

DR. JOSÉ JOAQUÍN URBANO

DR. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

Dedicatoria

A Carmen, Rodrigo y Laura, siempre.

A quienes, a pesar de estos tiempos, siguen creyendo en el derecho penal
como freno al poder punitivo del Estado.

Agradecimientos

A mi familia, Carmen, Rodrigo, Laura y Andrés Felipe, quienes durante el bonito camino de la academia me han acompañado sin desfallecer, con su constante apoyo que me impulsó a buscar siempre el mejor camino, que derivó en mi llegada -para quedarme- a esta Casa de Estudios que es la Universidad Externado de Colombia. A ellos, siempre todo.

A **William Torres Tópaga**, el director de esta aventura, por haber decidido emprender este interesante propósito y contribuir con sus buenas ideas para cambiar la óptica sobre este asunto: lo lograremos.

A **José Fernando Reyes Cuartas**, mi familia, maestro y mentor, quien me acompañó en mis primeros pasos en el derecho penal y me enseñó la pasión por el Derecho. Te adeudo haber encontrado la pasión en mi vida.

A **David Espinosa Acuña**, mi guía profesional y amigo, compañero de las batallas diarias, por haber acompañado incansablemente todo este proceso a pesar de lo difícil que resultaba para nuestros propósitos comunes; con quien sueño triunfar codo a codo en el complejo mundo jurídico.

A **Jaime Enrique Granados Peña**, por haberme acogido en su bufete de abogados en el transcurso de toda esta Maestría, por el apoyo y la comprensión tan necesaria en el camino académico.

A **Jaime Andrés Novoa**, el gran amigo que me ha dejado el estudio jurídico, por compartir sus ideas y contribuir al debate, por su compañía inagotable y su firmeza en la vida para conmigo: triunfaremos.

A la **Universidad de Caldas**, que me acogió durante mi pregrado y me permitió conocer grandes personas y maestros, en donde adquirí el infinito cariño por el Derecho.

A la **Universidad Externado de Colombia**, mi segunda casa, por haber contribuido a mi sueño de ser abogado penalista, durante mi pregrado y posgrado. La casa donde siempre quiero regresar.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO 1	18
EL DERECHO PENAL GARANTISTA Y SU CONSTRUCCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES	18
CAPÍTULO 2	42
LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL A TRAVÉS DEL ALLANAMIENTO A CARGOS Y PREACUERDOS	42
ALLANAMIENTO A CARGOS	45
EVOLUCIÓN HISTÓRICA	45
DECRETO 2700 DE 1991	46
LEY 600 DE 2000	51
LEY 906 DE 2004	54
LIMITACIONES DE LA REBAJA DE PENA EN CASOS ESPECIALES DE ALLANAMIENTO A CARGOS	59
EN CASOS DE CAPTURA EN TÍPICA SITUACIÓN DE FLAGRANCIA	59
EN LA COMISIÓN DE TERRORISMO, FINANCIACIÓN DE TERRORISMO, SECUESTRO EXTORSIVO, EXTORSIÓN Y CONEXOS	62
EN DELITOS CONTRA MENORES DE EDAD	64
EN EL DELITO DE FEMINICIDIO	65
PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES	66
SITUACIONES PARTICULARES DE LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES	76
RESTRICCIONES PARA CELEBRAR PREACUERDOS	76
POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO DE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE ALLANAMIENTOS Y PREACUERDOS	77
LÍNEA JURISPRUDENCIAL	88
CRÍTICA A LA FLUCTUANTE POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	89
CAPÍTULO 3	105
LA REBAJA DE LA PENA EN EL ALLANAMIENTO A CARGOS Y LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES: ¿DERECHO O BENEFICIO?	105
CAPÍTULO 4	126
ANÁLISIS DE LA TEMÁTICA PROPUESTA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL	126
LA TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL <i>IUS PUNIENDI</i>	126
LA ESTRUCTURA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE TEXTURA ESTRICTA	140

¿ES CONSTITUCIONAL ELIMINAR LA POSIBILIDAD DE REBAJAR LA PENA COMO CONSECUENCIA DE UN ALLANAMIENTO A CARGOS EN UN CASO DONDE SE PRESENTE CAPTURA EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA?	147
¿ES CONSTITUCIONAL ELIMINAR LA POSIBILIDAD DE REBAJAR LA PENA COMO CONSECUENCIA DE UN ALLANAMIENTO A CARGOS EN UN CASO DONDE SE ATRIBUYAN CARGOS POR TERRORISMO, FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO, SECUESTRO EXTORSIVO Y EXTORSIÓN?	152
¿ES CONSTITUCIONAL ELIMINAR LA POSIBILIDAD DE REBAJAR LA PENA COMO CONSECUENCIA DE UN ALLANAMIENTO A CARGOS EN UN CASO DONDE SE ATRIBUYAN CARGOS POR HOMICIDIO O LESIONES PERSONALES DOLOSAS, DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES O SECUESTRO CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?	154
¿ES CONSTITUCIONAL ELIMINAR LA POSIBILIDAD DE REBAJAR LA PENA COMO CONSECUENCIA DE UN ALLANAMIENTO A CARGOS EN UN CASO DONDE SE ENDILGUE LA COMISIÓN DEL DELITO DE FEMINICIDIO?	156
CONCLUSIONES	163
PROPUESTA	175
BIBLIOGRAFÍA	177

INTRODUCCIÓN

La nuestra ha sido una cultura permanentemente sumergida en la legalidad, nos hemos constituido como una sociedad que tiene como objetivo solucionar todos sus problemas sociales, culturales y de cualquier índole, con la implementación de leyes que siembran la esperanza de mejora al interior de la sociedad.

Para percatarnos de lo dicho bastaría con acudir a un personaje relevante en nuestra historia, el General Francisco de Paula Santander, quien manifestó: *“colombianos las armas os han dado la independencia, **pero sólo las leyes os darán la libertad**”*.

Nuestra cultura, entonces, se ha encargado de que año tras año, período legislativo tras período legislativo, tengamos la firme convicción de que la creación de nuevas normas -ojalá cada vez más severas- solucionarán todo tipo de inconvenientes y nos llevará a lograr un engranaje social cada vez más ideal.

Esto se demuestra con lo que ha pasado en el devenir legal del proceso penal colombiano, pues esta sociedad luego de acoger su última Constitución Política en 1991 ha adoptado 3 códigos de procedimiento criminal diferentes, es decir que el método de enjuiciamiento ha variado 3 veces en 28 años, lo cual es muestra de una profunda inestabilidad jurídica en este ámbito.

Lo anterior, sin tener en cuenta que desde el 2004 cuando se acogió la Ley 906 -Código de Procedimiento Penal- hasta la actualidad, dicha legislación

ha sido modificada y/o adicionada en aproximadamente catorce (14) oportunidades.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento jurídico va mucho más allá de la creación de disposiciones legales que regulen situaciones en abstracto, pues cierto es que la humanidad cuenta con una larga historia social, política, jurídica, cultural, que ha derivado en que las instituciones que hoy tenemos por ciertas e indiscutibles hayan surgido a propósito de una larga lucha de la población por sus derechos y sus garantías.

En suma, debe advertirse que el origen de múltiples instituciones jurídicas que hoy se hacen comunes, atendió en su momento a un cambio cultural y consideramos que, en principio, su regulación normativa no debe perder de vista los motivos que le originaron.

De esta forma, un esfuerzo de fundamentación en sistemas procesales debe partir de una consideración ineludible: el proceso penal, en tanto escenario democrático en el que están en juego los derechos fundamentales de los distintos intervinientes, no es de libre configuración legal por parte de los diversos Estados, pues éstos están compelidos a respetar unas premisas estructurales básicas impuestas por la comunidad de naciones (Urbano, 2018, p. 37).

A la anterior aseveración del profesor Urbano Martínez, le agregaríamos que las regulaciones normativas ostentan una **racionalidad legal**, es decir, no

deben ignorar la filosofía e ideología que ha dado origen a los mecanismos que pretenden regular, pues de lo contrario, el legislador resultaría tergiversar las instituciones jurídicas llevándolas a convertirse en asistemáticas y sin contexto.

Con esto en mente, ocuparán nuestra atención dos instituciones pertenecientes al proceso penal colombiano: **i. El allanamiento a cargos y; ii. Los preacuerdos y negociaciones. Nuestro interés surge en que, pese a que ambas tienen como teleología facilitar la terminación anticipada del proceso, su fundamento filosófico resulta ser diferente, una se cimienta en el sometimiento de un individuo al supremo poder estatal, la otra en el consenso, el acuerdo al que llegan un ciudadano y su superior, el Estado, respecto de una función que le compete estrictamente a éste.**

Sin lugar a duda, la académica discusión respecto de si el allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones constituyen la misma institución jurídico-procesal o si, por el contrario, están revestidas de diferencias que les convierte en especies de un mismo género denominado “mecanismos de terminación anticipada del proceso penal” no es nueva entre nosotros.

Al respecto, la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se han referido en múltiples oportunidades sobre la naturaleza de ambas, sus diferencias y similitudes.

Sin embargo, el gran problema es que por vía jurisprudencial no se ha logrado solventar este inconveniente y, *contrario sensu*, lo que se ha obtenido es generar más controversia, pues, al parecer, se ha llevado a cabo una

errada interpretación de estos mecanismos de terminación anticipada del proceso o un manejo que ha atendido más a criterios político-coyunturales que a criterios legales.

En cierta medida, la confusión respecto del análisis de estos mecanismos se ha generado debido a los puntos comunes entre ellos, algunos de los cuales son los ya mencionados: **(i)** que ambos pueden realizarse intemporalmente, es decir, a lo largo del transcurso procesal; **(ii)** ambos suponen una consecuente rebaja del quantum punitivo a imponerle al procesado y; **(iii)** con las dos se decreta la terminación anticipada del proceso penal, incluso sin acudir al juicio oral y con la debida renuncia de variados derechos y garantías con que cuenta el procesado. Además de esto, **(iv)** se ha incurrido en el error de considerar que se encuentran reguladas en el mismo capítulo del estatuto procesal penal, cimentando allí su identidad.

Pese a que se cuente con algunos aspectos comunes, lo cierto es que no puede olvidarse que la creación de las diferentes instituciones jurídicas (procesales o no) se encuentra revestida por una legítima finalidad que los legisladores perciben al momento de su creación.

Sin embargo, lo que la práctica parece demostrar es que en la mayoría de las ocasiones se crean instituciones jurídicas de manera indiscriminada, sin buscar una finalidad particular o atendiendo a los caldeados ánimos sociales que exigen soluciones inmediatas y acciones de los cuerpos colegiados legislativos para intervenir todo tipo de problemáticas que impiden el normal desarrollo social.

Peor aún, la práctica también permite concluir que, como regla general, los países en vías de desarrollo resultan verse influenciados por las legislaciones foráneas que en virtud de la globalización permiten que se permeen ámbitos sociales, económicos, culturales y donde, por obvias razones, el jurídico no se constituye como excepción.

El problema termina siendo que en virtud del afán legalista que le asiste a esta clase de sociedades, se acogen las instituciones procesales que en sus países de origen (por ser creadas para atender particulares necesidades) causan resultados eficientes pero que, al desatender las circunstancias especiales de estos países pueden, agravar el problema o, en cualquier caso, generar atascos legales.

Este trabajo encuentra su motivación en la hipótesis según la cual, desde la misma contemplación legal y su interpretación autorizada existe un yerro que ha permeado la actividad jurisdiccional hasta la actualidad, ello porque como señalamos anteriormente, se desconoce que las instituciones jurídicas responden a unos motivos particulares en el momento en que se originan, que tienen una finalidad, una teleología que no puede ser desatendida por las reformas legales, incluso si lo que se busca es abordar inconvenientes sociales de manera eficiente.

Por el contrario, el legislador debe tener en cuenta, no sólo las circunstancias fácticas que motivaron su existencia en el sistema a partir del cual va a realizar lo que en términos de López Medina (2009) se denomina *trasplante jurídico*, sino incluso el modelo mismo del Estado de origen y del

Estado en el cual la va a implementar, así como también los fundamentos filosóficos que sostienen su teoría e implementación (pp.40-41).

Es que no puede obviarse que no se trata de la simple implementación de mecanismos ajenos a la cotidianidad legal de nuestro país, sino lo que en el argot popular pudiera denominarse un ‘cambio de chip’ en los funcionarios.

La transición de sistemas no deja de ser complicada, y los problemas pueden ser atribuidos a múltiples causas. Para traer solo uno de ellos a colación, se puede hacer referencia al hecho de la poca preparación de los funcionarios para entender, comprender e interiorizar el fin mismo del sistema y de determinadas instituciones que iban en contra de la tradición procesal penal colombiana, situación que no es de poca monta sobre todo cuando se analiza el hecho de que no basta con “capacitar” al funcionario, imprimiéndole una serie de conceptos y de conocimientos, cuando en realidad lo que debería buscarse es que el mismo entienda el porqué de cada figura y la razón de las nuevas instituciones procesales, permitiendo así, bajo la sombrilla de la interiorización, aplicar de manera mucho más natural y menos forzada el nuevo sistema penal (Suárez, 2017, p.15)

Pese a la inexistencia de una dogmática del proceso penal colombiano, será nuestro objetivo, encontrar un sustento fundacional, constitucional y legal,

de estos mecanismos procesales a efectos de realizar una confrontación entre los motivos que sustentan y justifican su existencia y naturaleza jurídica con la regulación legal que han alcanzado en la legislación doméstica, para así poder verificar los aspectos que han sido perdidos de vista por el legislador colombiano, lo que podría haber determinado al poder jurisdiccional a aplicar erradamente estas instituciones.

Este propósito se debe a la percepción existente entre un funcionamiento asistemático y disfuncional, de nuestro ordenamiento jurídico penal con sus bases filosóficas que han conllevado que el legislador actual y el desarrollo jurisprudencial, dispongan coyuntural, e incluso, políticamente del funcionamiento de éstas.

Concretamente, si bien tanto el allanamiento a cargos como los preacuerdos y negociaciones permiten la terminación anticipada del proceso penal, consideramos que el primero se constituye en una garantía constitucional del ciudadano que a su vez conlleva un derecho subjetivo a la rebaja de pena. Por su parte, los preacuerdos constituyen una mera aspiración que no tiene la potencia de ser exigida ante la jurisdicción.

En este sentido, si se demuestra que la concepción hoy tenida como punto de partida es errada, es decir, que el allanamiento a cargos es una expresión de los preacuerdos como postura dominante en la Corte Suprema de Justicia actualmente, será ineludible llamar la atención sobre la necesidad de evaluar las medidas legales y jurisprudenciales que se han tomado a partir de dicha convicción, para determinar si las mismas tienen sustento y viabilidad constitucional.

Entonces, no se trata únicamente de confrontar dos instituciones procesales para determinar si son axiológicamente diferentes, sino, de determinar si las decisiones que se han tomado acorde a la interpretación actual resultan ceñirse a la Constitución.

La postura que aquí se sustentará pretende exponerle al lector que el allanamiento a cargos es, desde la óptica constitucional, diferente a los preacuerdos. Mientras el primero es una garantía cuya aplicación conlleva al derecho subjetivo a la rebaja de pena, el segundo es un derecho programático o aspiracional cuya rebaja no puede ser exigible en el ámbito jurisdiccional.

Así las cosas, el trabajo que aquí se presenta tiene como principal propósito, estudiar si las decisiones legislativas que limitan o suprimen la rebaja de pena en el allanamiento a cargos solventan un examen estricto de constitucionalidad, o si, por el contrario, el legislador ha excedido su libertad de configuración al restringir total o parcialmente la rebaja de pena, como derecho subjetivo, en los diversos casos previstos.

Evaluaremos específicamente si es constitucional suprimir la rebaja de pena cuando se presente un allanamiento a cargos por la comisión de un delito contra un menor de edad o de extorsión, terrorismo, financiación de terrorismo, entre otros. En el mismo sentido, analizaremos la constitucionalidad de restringir parcialmente la disminución punitiva en aquellos casos en que quien se allana ha sido aprehendido en situación de flagrancia o ha cometido el delito de feminicidio.

Valga advertir al lector que el análisis constitucional resulta trascendental para el resultado de la presente investigación, pues calificar la rebaja de pena a que hay lugar como consecuencia del allanamiento a cargos como un derecho subjetivo, implicaría aceptar la potestad del legislador de **limitarlo a partir de argumentaciones constitucionalmente admisibles, pero en ningún caso de suprimirlo, como actualmente sucede en los eventos anteriormente enunciados.**

Por su parte, al tratarse el preacuerdo y su consecuente rebaja de pena como un derecho aspiracional o programático, su aplicación dependerá de la voluntad legislativa y el desarrollo de la política criminal, por lo que sus limitaciones serán admisibles si atienden a estos fines.

En aras de lograr una exposición ordenada, acudiremos a un método inductivo, en donde el **primer capítulo** pretenderá hacer un recuento del concepto del derecho penal garantista y su construcción de derechos fundamentales.

En el segundo capítulo, se realizará un análisis histórico de las instituciones procesales bajo estudio con un claro énfasis en aquellas hipótesis en donde el legislador ha optado por la restricción de su aplicación.

El tercer capítulo abordará un interrogante vertebral para nuestra postura, esto es, ¿la rebaja de pena en el allanamiento a cargos y en los preacuerdos es un derecho o un beneficio?

Con las premisas emergentes de estas consideraciones, en el último capítulo arribaremos a un análisis constitucional estricto sobre la realidad de los preacuerdos y allanamientos en nuestro país, para considerar -en nuestro

criterio- que el legislador colombiano ha excedido su potestad de libre configuración y, bajo ese entendido se propondrá una nueva óptica tendiente a que el derecho penal colombiano sea **más humano, más racional, menos invasivo.**

Bogotá, julio de 2020.

CAPÍTULO 1

EL DERECHO PENAL GARANTISTA Y SU CONSTRUCCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En la historia de las comunidades civilizadas siempre han existido comportamientos que alteran su normal existencia, progreso y desarrollo, al encontrarse permeada de conductas que contrarían la estabilidad de la sociedad y su connatural y necesaria convivencia.

De esta manera, las comunidades han implementado históricamente un conjunto de regulaciones tendientes a imponer una sanción o castigo, en ocasiones, para que sobre el sujeto disidente recaiga un daño similar al que causó y en otras, para que la consecuencia sirva como mecanismo disuasorio para todo aquel que piense que esta es una alternativa válida.

Toma allí una especial relevancia la relación que surge entre el Estado como legítimo administrador de derechos y libertades, los ciudadanos, asociados o administrados, y el canal de regulación (normativo o no) creado para controlar, reprimir y disuadir los comportamientos contrarios a un determinado orden social.

De esta manera, se han debido crear escenarios de control social tendientes a conducir el comportamiento de los ciudadanos de manera idónea respecto los objetivos sociales perseguidos. Así es como se implementaron mecanismos como los colegios, la familia, la religión, que conforman la arista informal del control social.

Por su parte, también se crearon mecanismos estrictos y formales que prevén consecuencias preestablecidas como el derecho y, específicamente, en lo que a nosotros concierne, el derecho penal.

Por supuesto, en la evolución de la humanidad resultan ser llamativas muchas de las regulaciones que se han impuesto, en materia punitiva, dependiendo de la clase de Estado en la que nos fijemos, unos más arbitrarios que otros, como, por ejemplo, el código de Hammurabi con su concepción de igualdad formal, en términos de retribución, entre el daño ocasionado y sanción a imponer, la expedición de la ley de las XII tablas, y la Santa Inquisición con sus respectivos mecanismos de represión extremos que pretendían evitar la herejía en la Edad Media, entre otras.

Piénsese no solo en los horrores de la inquisición medieval y en los regímenes totalitarios, sino también en muchos crímenes contra la humanidad perpetrados en todo el mundo bajo forma de represión penal. En las ejecuciones sumarias y en los miles de abusos policiales en China, Irak e Irán, o en las privaciones de libertad arbitrarias y las torturas a presos en países de antiguas democracias, como Estados Unidos y Gran Bretaña (Ferrajoli, 2018, p. 35).

Sin lugar a duda, la época de la ilustración es una de las más relevantes en el desarrollo del *Ius Puniendi*. Puede considerarse ésta como un punto de inflexión en el que se plantan los inicios de un ordenamiento normativo y

una consciencia colectiva tendiente a reconocer un conjunto de *-si se quiere-* garantías indispensables, consustanciales a la definición de persona como individuo digno y desprotegido ante el ingente poder estatal que se había demostrado hasta ese momento.

Este nuevo pensamiento pivotaba en torno al hombre-persona, eje nuclear de sus pensamientos, generándose un cierto desplazamiento de Dios por el hombre o lo que es lo mismo el paso del teocentrismo al antropocentrismo.

(...)

La primera fase de la tradición liberal del siglo de las luces se preocupó entre otras cuestiones en la necesidad de delimitar los límites del poder político y de extender las obligaciones de quienes detentaban ese poder político (Barona, 2017, pp. 213 y ss.).

Limitar el poder del Estado se convertía en uno de los nuevos objetivos de la sociedad, pues la nueva óptica antropocéntrica llevó a concluir que era el pueblo y sus individuos como sujetos revestidos de dignidad, quienes debían implementar un ordenamiento acorde con el **humanismo, dado que la evolución permitió comprender que ya no eran admisibles los procedimientos y sanciones arbitrarias a querer del gobernante.**

Para esta época se venía cimentando una teoría social basada en la existencia de un “contrato” entre los individuos en el que se presenta una

cesión de una mínima parte de su libertad a efectos de delegar en un superior el manejo de la sociedad y así obtener una debida convivencia.

Fue, sustentado en dicha teoría contractualista, en la que se basó *Cesare Bonessana Marqués de Beccaría*, quien planteaba que la comisión de delitos era la violación al contrato social. A su vez, este autor propugnaba por el establecimiento de mecanismos tendientes a racionalizar el ejercicio del derecho penal, propendiendo así por la abolición de la pena capital.

Incluso, ello tuvo aún más eco si se tiene en cuenta que una corriente paralela como la sostenida por Howard (1777) citado por Silvia Barona (2017, p. 219) quien propugnaba por la reforma del sistema penitenciario y carcelario tendiente a lograr la humanización del trato sobre aquellos seres que ya habían sido objeto de un proceso penal y habían salido condenados. De éste superficial recuento histórico, salta a la vista que, sea cual sea el fin que persiga el Estado a través de la implementación del poder punitivo para reprimir los comportamientos antijurídicos, su trasegar se ha caracterizado por causar y significar dolor en la comunidad. Sin embargo, valga aclararse que, cada vez es menos el sentimiento de desasosiego que genera en sus integrantes, porque, al menos, su normativa y las respectivas consecuencias se tornan previsibles.

Esto puede deberse a múltiples causas, por ejemplo, que las técnicas para disuadir comportamientos se han sofisticado o que los ordenamientos punitivos se han moderado con criterios que parecen generar algún grado de seguridad jurídica. Pero, lo que más ha acercado el proceso penal a los ciudadanos es que su ejercicio se ha racionalizado a propósito de la

contemplación positiva de derechos y garantías irreductibles que no solo revisten de legitimidad su desarrollo, sino que se constituyen como límites a su ejercicio.

Que exista un juez previamente establecido por la ley sin posibilidad de variarlo acudiendo a algún criterio sobre el caso específico, que los comportamientos estén contenidos en la ley de manera general y abstracta y todos los individuos conozcan a qué consecuencia deben atenerse previamente, en caso de desplegar dichos comportamientos, o que los procedimientos cuenten con un ‘paso a paso’ ineludible en la mayoría de oportunidades -salvo anuencia del reo-, entre otras, han permitido la progresiva racionalización del derecho penal y del consustancial proceso que se requiere para aplicarlo.

Tal vez el punto más profundo que posibilitó el contexto prenotado, en la era reciente, fue la tergiversación que sufrió el proceso penal y el ejercicio mismo del *ius puniendi* en la Alemania comandada por Adolf Hitler, época en que el proceso penal fue utilizado como mecanismo para cumplir todos los objetivos del nacionalsocialismo, donde se ejercía un control social absoluto y se perseguía al individuo por quien era y no por lo que hacía, donde el reproche cultural e ideológico era llevado a los terrenos punitivos o peor, del exterminio, pues lo que realmente importaba no era la comunidad o sus individuos, sino el orden y la raza ‘superior’ que había que salvaguardar a pesar de todo.

Como es claro, la politización de las normas punitivas del Estado no podía tener un fin diferente que el ya conocido por todos, la normativa penal nazi

era la negación del proceso como instrumento de tutela de los ciudadanos. Era evidente que el proceso había dejado de ser verdadero proceso -entendido como el instrumento de tutela de los ciudadanos-, para convertirse en un instrumento de aplicación de la ideología nazi del Reich, y se utilizaba por la Fiscalía como medio de adiestramiento ideológico de quienes formaban parte del contexto organizativo administrativo (Barona, 2017, p. 345).

Todo lo anterior derivó en que el mundo entero pusiera los ojos en dicha situación y encaminara su comportamiento a un objetivo común: que no hubiera lugar en la historia a que lo ocurrido se repitiera. Ello implicó, no sólo la creación de tribunales, sino las reformas judiciales y, sobre todo, la reivindicación del individuo en la sociedad.

Ahora, si lo que se pretendía era reivindicar socialmente al sujeto en cuanto ser digno, el punto central a abordar debía ser la relación entre el Estado, sus manifestaciones de poder político y el individuo, misma que se concreta (aunque no exclusivamente) en el derecho penal (sustantivo y procesal) debido a la necesidad de encontrar un bastión que legitimara la actuación del Estado sobre el individuo respetando ciertos límites infranqueables.

De manera que, lo que sí es válido concluir es que, actualmente, las normas que componen el *ius puniendi* Estatal se entienden como el verdadero límite de su aplicación, caracterizándose por una clara y marcada tendencia a su

humanización, racionalización y, efectiva **reducción**, hasta el punto que en la actualidad se plantean teorías abolicionistas que propenden por la sustitución del derecho penal y su respectivo proceso como mecanismo legítimo para disuadir, reprimir o prevenir comportamientos delictivos, pues se considera que, no sólo no genera dichos resultados, sino que ahonda en los efectos adversos.

“Es anómico, transforma las relaciones sociales en actos individuales, tiene una concepción falsa de la sociedad, reprime las necesidades humanas, concibe al hombre como un enemigo de guerra, defiende y crea valores negativos para las relaciones sociales, se opone a la estructura general de la sociedad civil, la pena impuesta por el sistema es ilegítima, la prisión no es solo privación de la libertad. El sistema penal estigmatiza, el sistema penal sigue siendo una máquina para producir dolor inútilmente, al sistema no le interesa la víctima, o también víctima del sistema penal (Sánchez y Ramírez, 1995, pp. 57-63).

Sin embargo, dicha tesis no ha producido sus efectos puesto que es claro que la sociedad debe contar con un mecanismo que reprenda la comisión de comportamientos que impidan la convivencia y, a su vez, disuada su materialización. Bajo tal entendido, hay autores que no propenden por su abolición, sino por la reducción de su margen de acción hasta el mínimo posible entendiéndolo como un mal necesario.

Esto se debe a la comprensión respecto de que el derecho penal, al ser invasivo *in extremis*, sólo intervenga en referencia a comportamientos muy graves para la comunidad, aquellos que la sociedad no puede permitirse tolerar si lo que pretende es su subsistencia.

Siguiendo dicho imperativo, se ha velado por la imposición de unos claros límites al inmenso poder punitivo del Estado como, por ejemplo, su carácter de *ultima ratio*, así como también la fragmentariedad que debe ser una de sus principales banderas.

Lo anterior sólo se materializa si el legislador vela por la concreción de un derecho penal cuya intervención en la estructuración de los cimientos de la sociedad sean mínimos, su margen de acción sea restringido y se respeten derechos imprescindibles en nuestra sociedad como la libertad personal.

Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza. Con ello resulta excluida de hecho la responsabilidad penal todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos. Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre garantismo y racionalismo (Ferrajoli, 2011, p.104).

Posteriormente, el mismo profesor Ferrajoli se ha encargado de individualizar dos fases conceptuales de la expresión “*derecho penal mínimo*”, estableciendo que:

Como paradigma metateórico, la expresión “derecho penal mínimo” designa una doctrina que justifica el derecho penal si y sólo si puede alcanzar dos objetivos: la prevención negativa o, al menos, la minimización de las agresiones a bienes y derechos fundamentales, y la prevención y minimización de las penas arbitrarias; en una palabra, si y sólo si es un instrumento de minimización de la violencia y del arbitrio que en su ausencia se producirían.

Como modelo normativo de derecho penal, la expresión designa el sistema adecuado de garantías -penales y procesales- para satisfacer estos dos fines, o sea, el racionalizar prohibiciones, penas y procesos encaminándolos a la doble tutela de los bienes y de los derechos fundamentales: de los pertenecientes a los sujetos perjudicados contra los daños causados por los delitos y de los pertenecientes a los imputados, así como, posteriormente, a los detenidos contra el arbitrio policíaco y judicial y contra los excesos y los abusos de las autoridades penitenciarias (Ferrajoli, 2014, p. 490).

Ahora, si bien esto no es lo que sucede en Colombia, pues como hemos señalado anteriormente, ésta ha sido una comunidad que se ha caracterizado por intentar resolver sus múltiples problemas sociales con la promoción de nuevas leyes, en donde impere un marcado intervencionismo Estatal que otorgue algún grado de tranquilidad a los ciudadanos, lo cierto es que el mundo se mueve -y debe moverse- hacia esa dirección.

Las actuales sociedades cada vez requieren más la despenalización de delitos que antes, e incluso actualmente, generan escozor, como el aborto o la eutanasia, la abolición de las penas perpetuas o las penas capitales, porque entienden, respectivamente, que el hombre tiene derecho a desarrollar libremente su personalidad, que aislar al individuo desviado de la sociedad no promueve soluciones o, peor aún, impide materializar finalidades como la resocialización de quien actúa antijurídica y culpablemente.

De esta manera, la progresiva humanización y racionalización del *ius puniendi* debe evaluarse desde la óptica sustantiva, pero también desde la procesal, propendiendo por un derecho penal más humanitario y menos invasivo.

El contenido y el carácter de las relaciones jurídico-procesales están determinados o al menos influidos por las relaciones jurídico-penales que forman su base: las relaciones jurídico-procesales tienen por finalidad definir la existencia de una

relación jurídico-penal y precisar sus consecuencias (Quirós, 1999, p. 40)

Muestra de lo anterior es que con el pasar de los tiempos, se ha ido modificando aquel constructo social que es el derecho a efectos de responder a las nuevas necesidades sociales, es decir, el derecho se constituye como un conjunto de regulaciones que resultan con posterioridad a los diálogos sociales que propenden por la solución de los conflictos que aquejan a quienes hacen parte de dicho conglomerado, lo que, necesariamente, impide que se considere como una materia estática.

Una intuición plausible es que la existencia de las actividades jurídicas depende de la capacidad que los seres humanos tenemos de actuar de forma colectiva, es decir, como miembros de grupos o sujetos plurales. Esta actividad puede denominarse socialidad. El ejercicio de esta capacidad nos permite crear una parte especial de la realidad, que puede denominarse ‘realidad social’.

(...)

Con la intuición en mente de que el derecho pertenece a la realidad social y que la realidad del derecho depende de nuestra socialidad, algunos teóricos del derecho también han

aprovechado los trabajos filosóficos de fundamentación de la sociología ontológica y han explicado algunos aspectos relacionados con la naturaleza del derecho. Una postura común a estos teóricos del derecho es que el derecho, entendido como un conjunto de normas válidas, está basado en una práctica social (Bernal, 2018, pp. 425-427).

De hecho, en pocas oportunidades podría afirmarse que el derecho penal actúa antes de que emerja el conflicto social que pretende abordar y/o disuadir, pues la regla general es que se tenga un desarrollo reactivo que va dependiendo de las nuevas necesidades sociales.

Es así como, el carácter dinámico de la ciencia jurídica ha permitido que en los textos constitucionales y legales recientes -incluso en la jurisprudencia como máxima muestra del derecho viviente- se consideren derechos y garantías que *otrora* eran tan impensables como innecesarios. Son las nuevas formas de garantizar contextos mínimos que vayan acorde con las necesidades cambiantes de los individuos y de las emergentes culturas.

Entonces, se han consolidado en el ordenamiento jurídico constitucional garantías como el plazo razonable para preparar el ejercicio del derecho fundamental de defensa, la garantía de impugnación, de doble conformidad, el juzgamiento en libertad y el carácter excepcionalísimo de la detención preventiva, la autodeterminación informativa, el habeas data, el derecho al olvido, los derechos derivados de la sociedad cibernética, entre otros.

Esto tiene un motivo fundado: las constituciones no tienen como razón de ser el conformarse como un texto contentivo de un cúmulo de normas de carácter estático, sino, por el contrario, un conjunto de aspectos programáticos, en parte volátiles, en otra rígidos, sobre cómo desarrollar el Estado y las relaciones de éste con los individuos.

En este sentido, el continuo trasegar de las comunidades implica actualizar el conocimiento y la aplicación de las normas, razón por la cual no pueden considerarse los derechos como cláusulas pétreas. Tener clara la premisa anterior, permite entender que, muy a pesar de la hiperinflación normativa en materia punitiva, el constituyente derivado se encuentra alerta de aquellos derechos y garantías que, aunque no previstos *ex ante*, cobran relevancia con el tiempo para concretar la teleología del Estado.

Valdría en este punto preguntarse si, a propósito de la naturaleza dúctil del derecho y la tendencia humanista y reduccionista del derecho penal contemporáneo, resulta posible referirnos a la existencia del **derecho a la terminación anticipada del proceso** de conformidad con el allanamiento a cargos y/o los preacuerdos y negociaciones.

Para sumergirnos en dicha discusión e intentar abordar este problema jurídico, es importante realizar algunas precisiones conceptuales.

Debemos entonces hacer claridad sobre el concepto de derechos humanos (y fundamentales) del cual partimos para que el lector logre dotar de sentido nuestra propuesta, esto es, que se comprenda que la constante tendencia a humanizar, racionalizar y reducir la aplicación del derecho penal pasa a través de entender, en debida forma, el carácter variable del derecho y,

además, contribuir aportes preliminares tendientes a resolver el problema jurídico.

Los derechos son expectativas que todos los asociados ostentan de manera legítima respecto del funcionamiento de la sociedad, el despliegue de las relaciones interpersonales, así como también las existentes entre el individuo y el Estado. Se entiende, a partir de una interpretación semántica (“derechos humanos”), que dichas expectativas le asisten al individuo por el simple hecho de su condición, si es que acudimos a una perspectiva *iusnaturalista*.

En este sentido, Aristóteles apuntaba sobre el concepto del *iusnaturalismo*:

Tiene dos características, la primera es la de ser vigente dondequiera, o sea tener validez universal con independencia del lugar: es esta la característica que bien se acomoda con el concepto de naturaleza y por lo tanto con todo lo que es natural (una cosa típicamente natural es el fuego, que quema en cualquier lugar de la misma manera, - dijo Aristóteles-, así en Grecia como en Persia). La segunda es que las reglas que el derecho positivo indica no dependen de nuestra opinión y, por lo tanto, establecen lo que es justo y lo que es injusto por sí mismo, con independencia de lo que opinan los hombres (Bobbio, 2017, p. 29)

En el mismo sentido, otro destacado filósofo como Santo Tomás advertía sobre el derecho natural:

La ley natural es la forma con que el orden cósmico creado por Dios se muestra en aquel aspecto de la creación que es la creatura dotada de razón, es decir el hombre. La ley natural tiene un único y generalísimo precepto de donde con la razón se deducen todos los demás. Dicho precepto generalísimo consiste en la máxima: *bonum faciendum, male vitandum* (Bobbio, 2017, p. 33).

Además de la anterior, existe la óptica creada por la corriente de pensamiento jurídico-positivista que considera como derechos fundamentales aquellos derechos humanos que se han incluido en los textos constitucionales y legales, pues se piensa que es ello lo que lo hace exigible ante las autoridades jurisdiccionales.

Ahora, imperativo resulta considerar la existencia de una postura intermedia denominada ***realista*** en cuanto a la creación de derechos se refiere. Su eje se sitúa entre quienes predicán sobre el aspecto etéreo según el cual los derechos son circunstancias preestablecidas y anteriores al ordenamiento, y entre aquellos que manifiestan que son derechos humanos y fundamentales por la básica razón de que han sido positivados en un ordenamiento jurídico.

Las corrientes realistas acusan de abstracción lo mismo a los ius naturalistas iluministas por situar el problema concreto de la positivación de los derechos fundamentales en el ámbito de los ideales eternos y metafísicos, que a los positivistas que lo consideran resuelto con su plasmación en normas formalmente válidas, pero que muchas veces son puras formas carentes de contenido. No es ahí, señalan los realistas, donde hay que situar el problema de la positivación, sino en el plano de las condiciones económico-sociales que permitan el efectivo disfrute de esos derechos, que no son ideales intemporales, ni fórmulas retóricas, sino el producto de exigencias sociales del hombre histórico. Por ello estiman los autores realistas que la práctica de los derechos fundamentales no debe buscarse exclusivamente en la constitución, sino en las relaciones de poder que le sirven de soporte y que obedecen a determinadas condiciones sociales, económicas y culturales (Pérez, 2010, p. 61).

De cualquier forma, las disposiciones normativas contenidas en la Constitución Política y en la ley **deben interpretarse como cláusulas que tienden a responder a las diferentes necesidades sociales, maximizando así el margen de acción y aplicación de las cláusulas de dignidad, igualdad y libertad.**

Es posible entonces afirmar que el derecho penal (como derecho constitucional aplicado) ha de buscar que sus normas, tanto desde la óptica sustantiva, como desde la procesal, amplíen el margen de aplicación de los derechos de libertad, igualdad y dignidad humana de conformidad con las exigencias que prediquen las comunidades.

Todas esas peticiones del ‘hombre histórico’ han derivado en que los ordenamientos jurídicos aprovechen su carácter flexible para contemplar una serie de derechos, garantías y deberes que se acoplen al devenir histórico de cada sociedad en específico.

No de otra manera puede entenderse esto, pues como lo menciona en la introducción del libro *“tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios”* el profesor Bernal (2003) “los derechos fundamentales representan, sin lugar a dudas, la columna vertebral del Estado constitucional” (p.13) por lo que es válido concluir, siguiendo sus palabras que los derechos fundamentales son la base del Estado constitucional, el motor de su acción y también su freno.

Así las cosas, es claro que, en un Estado como el constitucional, en el que se propende por la salvaguarda de los derechos fundamentales y la maximización de las libertades, donde se debe buscar tener una mínima incidencia en el desarrollo de la personalidad de sus asociados, es indispensable asumir un derecho penal mínimo.

De manera que, entender que la sociedad no es un cuerpo estático, que las necesidades sociales y humanas son progresivamente cambiantes y que las realidades de los individuos varían con el tiempo, necesariamente implican

la creación de diversos derechos que otrora ni siquiera se contemplaban, con una finalidad clara: contener el ejercicio del poder punitivo.

Concretamente, en el caso colombiano, la Constitución Política de 1991 acogió un segundo título denominado “***de los derechos, garantías y los deberes***”. Basta referirse al aspecto gramatical para comprender que se constituyen en categorías distintas los derechos fundamentales y a las garantías, como aquí pretendemos dejarlo claro. Sin embargo, ambas denotan un derecho penal mínimo, reduccionista y humanitario.

De manera que, mientras los derechos pretenden indicar las legítimas expectativas creadas por la Constitución, la ley, así como las exigencias sociales del hombre histórico, que buscan materializar y dotar de sentido la libertad de los ciudadanos, la dignidad y la igualdad, actualizándose de manera constante y continua por parte de los requerimientos de las comunidades; la garantía es una técnica de tutela de los primeros, de naturaleza irreductible. Es decir, lo que pretende es hacer valer el cumplimiento real de los derechos fundamentales.

En palabras del profesor Ferrajoli (2011)

los axiomas garantistas -formados por las implicaciones entre cada término de la serie aquí convenida y los términos posteriores- no expresan proposiciones asertivas, sino proposiciones prescriptivas; no describen lo que debe ocurrir; no enuncian las condiciones que un sistema penal efectivamente satisface, sino las que debe satisfacer en

adhesión a sus principios normativos internos y/o parámetros de justificación externa (Ferrajoli, 2011, p. 92).

Lo anterior puede explicarse con el siguiente ejemplo: según la Constitución Política de Colombia, todos los ciudadanos ostentan el derecho fundamental de libertad (según lo dispuesto en el artículo 28 Superior) “*toda persona es libre*”. Sin embargo, como es aceptado académicamente y en la práctica, ningún derecho ostenta el carácter de absoluto, por lo que la libertad personal puede ser limitada. Entonces, a continuación, el mismo artículo de la Constitución trae consigo una garantía, esta sí, irreductible e indiscutible:

*“nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, **sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley (...)**”* Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 28 [Título II]. Legis.

Adicionalmente, la misma Constitución Política contempla otro escenario en su catálogo de derechos, garantías y deberes, como la situación de **flagrancia**. En este sentido, predica el artículo 32 -en complemento del 28 Superior- que “*el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona*” Constitución política de Colombia [Const.] (1991) Artículo 32 [Título II]. Legis.

Así, los ciudadanos tienen una legítima expectativa de ser libres y para tutelar la aplicación de ésta, que no es absoluta, se crean unas garantías, que sí lo son, a efectos de dotarla de sentido y posibilitar su aplicación. En suma, el derecho fundamental a la libertad encuentra garantizado su cumplimiento ya que solo puede verse limitado si **(i)** una autoridad judicial competente, cumpliendo las formalidades legales y atendiendo a motivos previamente definidos en la ley, así lo dispone o **(ii)** si es sorprendido en situación de flagrancia.

Continuando con esa estructura, es posible comprender que el hombre histórico y el devenir de las sociedades modernas, globales y con altos índices de criminalidad, han llevado a que el ordenamiento jurídico contemple el **derecho de terminar anticipadamente el proceso penal**. Ahora, el mismo establece entre su catálogo de posibilidades dos que aquí interesan: el allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones. Esta situación encuentra respaldo en otros derechos taxativamente contemplados en la Constitución Política como: i) posibilidad de participar de las decisiones que los afectan, ii) ampliar el margen del derecho fundamental de libertad (con la rebaja de pena); iii) dignidad humana en tanto permite la autodeterminación del individuo; iv) libre desarrollo de la personalidad.

De este modo, para el caso colombiano, en los términos del Preámbulo de la Constitución, el proceso penal es un instrumento orientado a garantizar la justicia en tanto uno de

los fines por los que el pueblo se constituyó como una democracia constitucional. En virtud de los principios fundamentales, él debe vincularse a los fines del Estado y, en consecuencia, a la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes; a asegurar la vigencia de un orden justo, a afirmar la primacía de los derechos inalienables de la persona y a derivar responsabilidad penal con estricto respeto del principio de legalidad (Urbano, 2010, p.77).

Debe hacerse una precisión de cara al asunto que aquí se aborda. El Estado ha previsto un conjunto de prerrogativas en su Constitución Política que, revisadas en abstracto, permiten inferir la tendencia hacia la materialización de sus fines, como el alcanzar un orden justo y, en general, garantizar la justicia. Muestra de lo anterior es el derecho fundamental al debido proceso, que con sus múltiples aristas evidencia la existencia de un conjunto de otros derechos y garantías *ad later* que aseguran que los trámites, en general, se regirán por las normas del Estado.

Así, cuando nos referimos a la existencia de un **derecho a terminar anticipadamente el proceso**, lo que pretendemos denotar es el surgimiento de una manifestación más del debido proceso y sus extensiones o complementos. Incluso, del mismo juicio justo.

¿cómo entender entonces que el hecho de ejercer el derecho a terminar anticipadamente el proceso pueda ser expresión del debido proceso?

Debe partirse que cuando se habla de derechos no hablamos de conceptos absolutos, sino de aquellas prerrogativas que se materializan en mayor o menor medida en los casos concretos. Por ejemplo, según el derecho fundamental contemplado en el artículo 33, el procesado tiene derecho a guardar silencio (como consecuencia de la no autoincriminación). Sin embargo, ello no es óbice para que éste, en ejercicio de su derecho de defensa, pueda intervenir en su propio juicio.

De igual forma, al procesado también le asiste el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra. Sin embargo, si por cuestiones estratégicas éste resuelve no presentar elementos a su favor, no quiere ello decir que no esté ejerciendo el derecho fundamental contemplado en el artículo 29 constitucional, sino todo lo contrario.

Finalmente, el debido proceso implica que el *sub judice* se presume inocente, pero ello no necesariamente implica que, si acepta los cargos enrostrados por la fiscalía, o busca una negociación con su acusador, esté renunciando a su derecho fundamental a un juicio justo.

Esto se debe a que los derechos tienen diversos márgenes de aplicación e interpretación, por lo que podríamos referirnos a subtipos o especies del género denominado *due process*, sin que ello implicara desistir de éste.

Estas consideraciones podrían llevarnos al terreno de si es posible renunciar a un derecho, asunto sobre el que la doctrina especializada ha advertido que, si se trata de una renuncia general, la misma es inadmisibile, pues una persona no puede renunciar *in genere* a su libertad personal o a su libertad

de expresión. No obstante, por supuesto ello no implica que el ciudadano pueda abstenerse de ejecutarlo en un caso concreto.

De esta manera, debe advertirse que los derechos tienen un aspecto dinámico, por lo que del ejercicio -o no- de un derecho, se pueden vislumbrar múltiples derivaciones con diverso contenido dependiendo de los intereses que la sociedad va a advirtiéndole en su trasiego.

Esto es sustentado incluso a partir de teorías constitucionales de los derechos como la teoría del interés, según la cual un derecho es tal, si otro tiene el deber de reconocerlo.

Un sujeto, por tanto, tendría un derecho si otro tiene el deber de llevar a cabo cierto acto en *interés* del primero, es decir, que lo determinante a la hora de identificar o de atribuir derechos no es la voluntad de nadie, sino el provecho o el beneficio que alguien obtiene del cumplimiento de una obligación (Peña, 2009, p. 671)

Hilando las ideas expuestas, consideramos que el carácter volátil del derecho, permanentemente tendiente a adaptarse a la *práctica social*, en tiempos actuales se ha trazado una línea que pretende humanizar y racionalizar la aplicación del poder punitivo. Para lograrlo, se pretende materializar los fines del Estado, como el permitir que el individuo participe de la solución del conflicto que le involucra, permitiendo así la maximización de su dignidad aunado a que la sociedad también sale beneficiada al contar con una justicia célere.

Teniendo en cuenta lo anterior, de los intereses expuestos, por supuesto que surge el deber, principalmente en cabeza de la sociedad, de renunciar a una parte de su ánimo retribucionista, fin que también cumple la pena, ello como consecuencia de la solución del conflicto social luego de la aplicación de estándares de justicia que, en justas proporciones, propicie a cada uno lo que le corresponde.

Así pues, estimamos válido concluir que ejercer el derecho a terminar anticipadamente el proceso penal no supone renunciar al juicio justo, sino ejercerlo, si bien no a plenitud, sí que se corresponde con su funcionamiento según las formas propias de cada juicio.

Finalmente, aunque a primera vista cause extrañeza, podríamos advertir que renunciar a un derecho puede significar en nuestro Estado el ejercicio de otros, bien porque se encuentre cubierto por otros campos de aplicación, bien porque la renuncia misma puede constituirse como una manifestación del juicio justo.

Como lo advierte el profesor Guerrero (2018), Esas salvaguardas pasan por la consideración esencial de que a pesar de que el imputado tiene una serie de derechos constitucionales para que se le demuestre su responsabilidad penal, también tiene el derecho de renunciar a ellos (p.491).

CAPÍTULO 2

LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL A TRAVÉS DEL ALLANAMIENTO A CARGOS Y PREACUERDOS

El proceso penal debe entenderse como un conjunto de actos consecuenciales conformado por etapas perentorias agrupadas en tres grandes fases a saber: la primera de ellas es la de indagación preliminar, caracterizada por ostentar un carácter mayoritariamente reservado, y en donde la Fiscalía despliega actos de investigación tendientes a establecer que el hecho materialmente haya ocurrido, así como la existencia de una inferencia razonable de autoría o participación, derivando así en la imputación de cargos.

Posteriormente, continúa la etapa de investigación formalmente establecida, consistente en la recolección de elementos materiales probatorios que permitan alcanzar un conocimiento en grado de probabilidad de verdad que permitan formular acusación.

Con este último acto se inicia la tercera gran fase conocida como juzgamiento, conformada por las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y juicio oral.

Todo el proceso penal de tendencia acusatoria está diseñado para llegar al juicio oral, pues anteriormente se vinculó al individuo de manera formal en aras de que hiciera valer su derecho fundamental a la defensa, se permitió que recopilara elementos materiales de prueba, se le dieron a conocer previamente los cargos y también se propició el escenario para que, ante un

tercero imparcial, se solicitaran los elementos de prueba que se pretendían hacer valer en el juicio.

Esta somera descripción del proceso penal nos permite concluir que sólo será a instancias del juicio oral en donde se discuta la responsabilidad del individuo sometido al poder punitivo del Estado, queriendo ello decir que se deben agotar todas las etapas previstas a efectos de poder resolver la situación jurídica del *sub judice*.

Esta situación ha resultado muy problemática, no sólo en Colombia, sino en los ordenamientos jurídicos de otras latitudes, pues la práctica ha hecho evidente que los Estados no cuentan con la posibilidad de abarcar tantísimas investigaciones penales y llevarlas a buen término, es decir, agotar cada etapa, incluyendo el juicio oral, para esclarecer la situación acerca de la responsabilidad que se discute, bien sea por la estructura misma del proceso, hiperinflación normativa, el aspecto económico, recurso humano, entre otros.

Ello ha llevado a que, en el derecho comparado, y posteriormente en el ordenamiento jurídico colombiano, se diseñen un abanico de posibilidades que permitan terminar el proceso penal sin que sea necesario agotar todas y cada una de las etapas que conforman el procedimiento.

Incluso, la Suprema Corte de Estados Unidos, en el caso *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 260 (1971) manifestó que la terminación anticipada en esta clase de procedimientos se constituye como un elemento esencial para su subsistencia:

*“This record represents another example of an unfortunate lapse in orderly prosecutorial procedures, in part, no doubt, **because of the enormous increase in the workload of the often understaffed prosecutor's offices. The heavy workload may well explain these episodes, but it does not excuse them. The disposition of criminal charges by agreement between the prosecutor and the accused, sometimes loosely called "plea bargaining," is an essential component of the administration of justice.** Properly administered, it is to be encouraged. If every criminal charge were subjected*

to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities”

Esta interpretación se concatena con aquella que posibilita la concepción del derecho a terminar anticipadamente el proceso, pues más allá de lo operativo, lo cierto es que tiene una intrínseca relación con otros tantos contemplados en la Constitución Política que permiten la democratización del poder punitivo del Estado.

Este escrito se ocupará de abordar concretamente dos de esas vías anticipadas: i) el allanamiento a cargos y ii) los preacuerdos y negociaciones.

ALLANAMIENTO A CARGOS

El allanamiento a cargos unilateral se ha constituido como un mecanismo jurídico procesal a través del cual se le otorga la posibilidad a un individuo que está siendo procesado de aceptar, frente a las autoridades jurisdiccionales competentes, su intervención en los hechos que el ente persecutor le atribuye.

La diferencia que se ha establecido respecto esta y la aceptación de cargos se refiere básicamente a que, si bien en ambas se confirma su participación en el hecho delictivo, en el allanamiento a cargos se hace de manera total, mientras que la aceptación posibilita que sea parcialmente, es decir, confirmando la responsabilidad frente a algún o algunos comportamientos de los endilgados, más no en todos.

Valga indicar que en los eventos en que los cargos no sean aceptados en su totalidad, se realizará una ruptura procesal en donde el trámite deberá continuar su cauce normal respecto de los que no se manifestó conformidad.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En nuestro ordenamiento procesal penal vigente, la institución del allanamiento a cargos no ha significado la introducción de una novísima institución del proceso penal que pretendiera revolucionar el funcionamiento del trámite, sino que, más bien, ha sido una institución cuya tradición ya es posible predicar a propósito de la amplia y continuada aceptación que ha tenido para el legislador.

En este sentido, a efectos de restringir nuestro objeto de trabajo, nos ocuparemos aquí de un marco temporal comprendido a partir de la promulgación de nuestra Constitución Política de 1991, evaluando someramente el Decreto 2700 de 1991, la Ley 600 de 2000 y la vigente 906 de 2004.

Esto se hace necesario para comprender si la institución procesal penal de la que nos ocupamos en el presente escrito ha resultado tener la misma naturaleza desde su contemplación en el ordenamiento, referente a su consideración como forma de terminación anticipada del proceso, o si, por el contrario, la misma ha sufrido cambios sustanciales que hayan implicado un cambio en su naturaleza.

DECRETO 2700 DE 1991

El decreto 2700 de 1991 fue la regulación normativa con la cual el Gobierno de turno pretendió implementar un sistema penal que se encontrara acorde a los mandatos expedidos por el constituyente originario.

Respecto de los allanamientos en el proceso penal, ya desde su promulgación, esta normativa consideraba que se constituía como una **forma de terminación anticipada del proceso**. No obstante, la disposición legal denominaba a la institución entonces análoga como sentencia anticipada.

Para que se materializara dicha terminación anticipada en el trámite regulado por este estatuto, se requería, en primer lugar, que el órgano

persecutor profiriera la resolución de situación jurídica al procesado. Posterior a lo anterior, a solicitud del vinculado, se aceptaría la totalidad de los cargos investigados a modo de confesión simple sobre la participación en el hecho delictivo, y se debía suscribir un acta que equivalía a la resolución de acusación por el acusado y el fiscal. La situación sería aprobada por la judicatura siempre que no se violaran garantías constitucionales o legales.

ARTÍCULO 37. TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO.

A iniciativa del fiscal o del sindicado, el juez podrá disponer en cualquier momento, desde que se haya proferido resolución de apertura de la investigación y antes de que se fije fecha para audiencia pública, pero por una sola vez, la celebración de una audiencia especial en la que deberá intervenir el Ministerio Público. **En ésta, el fiscal presentará los cargos que de acuerdo con la investigación surjan contra el sindicado y éste tendrá la oportunidad de aceptarlos, en todo o en parte, o rechazarlos.** Si el fiscal y el sindicado llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias del hecho punible y la pena imponible así lo declararán ante el juez, debiéndolo consignar por escrito dentro de la audiencia. El juez deberá explicarle al sindicado los alcances y consecuencias del acuerdo y las limitaciones que representa a la posibilidad de controvertir su responsabilidad. El sindicado puede condicionar el **acuerdo**

a que se le otorgue la condena de ejecución condicional, cuando ello sea procedente de acuerdo con las disposiciones del Código Penal.

El juez dispondrá en desarrollo de la audiencia inmediatamente sobre la libertad del sindicado y tendrá cinco días hábiles para dictar sentencia.

Si el juez considera que la calificación jurídica del delito y la pena imponible, de conformidad a lo acordado por las partes, son correctas y obra prueba suficiente, dispondrá en la sentencia la aplicación de la pena indicada y la indemnización de perjuicios. El acuerdo entre el sindicado y el fiscal es inoponible a la parte civil. La sentencia aprobatoria del acuerdo sólo podrá ser recurrida por el ministerio público. El auto que lo niega es apelable en el efecto diferido por el sindicado, el fiscal o el ministerio público.

El sindicado que se acoja a la terminación anticipada del proceso, durante la etapa de la investigación, recibirá un **beneficio** de rebaja de pena de una sexta parte. Este **beneficio** es adicional y se acumulará al que se reciba por confesión.

Cuando no se llegue a un **acuerdo**, o éste no sea aprobado por el juez, el fiscal que dirigía la investigación y el juez que participó en la audiencia deberán ser reemplazados por otros que tengan la misma competencia. En este caso, cualquier

declaración hecha por el sindicado se tendrá como inexistente y no podrá ser utilizada en su contra (Decreto 2700, 1991, art. 37).

Nótese que el texto normativo desarrollado por el Decreto 2700 de 1991 trae consigo la posibilidad de terminar anticipadamente el proceso. Sin embargo, siempre se refiere al acuerdo al que lleguen las partes y el connatural beneficio, motivo por el cual debemos acudir a la explicación realizada por el máximo tribunal constitucional sobre el instituto jurídico de sentencia anticipada, que es la que más se acerca al allanamiento a cargos actual.

la sentencia anticipada se caracterizaba por que (i) el imputado renunciaba a la tramitación integral del proceso cuando aceptaba los cargos formulados en su contra y se encontraban demostrados los presupuestos probatorios para fundamentar sentencia condenatoria; (ii) la titularidad para solicitar tal beneficio correspondía exclusivamente al acusado; (iii) la petición se elevaba, en la etapa de instrucción, a partir de la resolución que resolvía la situación jurídica al procesado, una vez se encontrara ejecutoriada, hasta antes del cierre de la investigación, sin necesidad de que esta providencia adquiriera firmeza, obteniendo una rebaja de pena hasta de 1/3 parte; (iv) en la etapa de juzgamiento, la solicitud podía ser elevada hasta antes de se fijara fecha para la audiencia pública, obteniendo

una rebaja de pena de hasta 1/6 parte; (v) el procesado debía aceptar integralmente los hechos investigados, es decir, se trataba de una confesión simple de haber participado en el hecho; (vi) debía existir en el proceso prueba que condujera a la certeza del hecho punible y de la responsabilidad del sindicado; (vii) durante la etapa de investigación, fiscal y procesado debían suscribir un acta, equivalente a la resolución de acusación; durante el juicio, el documento debía ser suscrito entre el juez y el acusado; (viii) contra el acta no procedía recurso alguno; (ix) el juez debía aprobar el acuerdo, salvo que violase garantías constitucionales o legales, y proceder a dictar sentencia condenatoria, la cual era impugnabile (Corte Constitucional, T-356 de 2007)

En suma, la institución de la sentencia anticipada era entonces la que se asemejaba a lo que hoy en día se conoce en el derecho procesal como allanamiento a cargos, y nótese que la diferencia radica en que la primera exige una confesión, es decir, sobre hechos particulares que considere quien funja como confesante, a diferencia de la segunda, que implica necesariamente referirse sobre los aspectos pretendidos por la contra parte, en este caso, la Fiscalía General de la Nación.

LEY 600 DE 2000

En la misma línea legislativa, el código de procedimiento penal adoptado en el año 2000, que trajo consigo la implementación de un proceso de corte mixto en el que se incluía algo de inquisitivo y algo de acusatorio, también contempló la institución jurídica de la terminación anticipada en su artículo 40.

La aplicación de la terminación anticipada contaba con una oportunidad procesal específica para solicitar su aplicación, la misma se iniciaba en la diligencia de indagatoria y se extendía hasta que quedara ejecutoriada la resolución de cierre de investigación, hasta este momento el sujeto procesado podía requerir que se dictara sentencia anticipada, evento en el cual, se podía realizar una manifestación aceptando los cargos por parte del procesado y se registraría dicha situación en un acta que tenía por función solemnizar lo sucedido. Lo anterior se puede constatar en el que era el texto legal vigente para la época:

ARTÍCULO 40. SENTENCIA ANTICIPADA. A partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de la investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada.

Efectuada la solicitud, el Fiscal General de la Nación o su delegado, si lo considera necesario, podrá ampliar la

indagatoria y practicar pruebas dentro de un plazo máximo de ocho (8) días. **Los cargos formulados por el Fiscal General de la Nación o su delegado y su aceptación por parte del procesado se consignarán en un acta suscrita por quienes hayan intervenido.**

Las diligencias se remitirán al juez competente quien, en el término de diez (10) días hábiles, dictará sentencia de acuerdo a los hechos y circunstancias aceptadas, siempre que no haya habido violación de garantías fundamentales.

El juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera (1/3) parte de ella por razón de haber aceptado el procesado su responsabilidad.

También se podrá dictar sentencia anticipada, cuando proferida la resolución de acusación y hasta antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de la audiencia pública el procesado aceptare la responsabilidad penal respecto de todos los cargos allí formulados. En este caso la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena (Ley 600, 2000, art. 40).

Obsérvese que, contrario a como lo establecía el Decreto de 1991, el texto normativo en cita, al referirse a la terminación anticipada, no contiene la palabra “**beneficio**” cuando de la consecuencia jurídica posterior al

allanamiento a cargos se trata. Contrario a ello, allí se establece que la disminución punitiva **se justifica en el acto de aceptación de cargos por parte del procesado**. Ahora, en este código el quantum de la rebaja era equivalente a 1/3 de la pena a imponer.

El estatuto procesal del 2000 también innovó en el entendido de que no sólo se podía realizar la manifestación de responsabilidad a propósito de la celebración de una audiencia especial, sino que, por el contrario, aquí se extendió su campo de aplicación al considerar que la misma se podía realizar con posterioridad a la resolución de acusación y hasta antes de la ejecutoria de la providencia que fija fecha para la audiencia pública. La diferencia respecto del escenario anterior es que la rebaja aquí sería tan sólo de 1/8 de la pena a imponer.

Entonces, se empieza a vislumbrar la existencia del **principio de progresividad** en nuestro ordenamiento procesal bajo el entendido de que, si el procesado aceptaba su participación o su responsabilidad penal en su primera oportunidad, la rebaja sería de 1/3 pero si se hacía en posteriores eventos, sólo sería equivalente a 1/8.

Debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha realizado un ejercicio comparativo entre la aceptación de la imputación que contiene la Ley 906 de 2004 y la terminación anticipada del proceso de la Ley 600 de 2000, allí retomó su postura anterior respecto del tema que, para lo que aquí nos atañe, se refirió a considerar que esta terminación anticipada del proceso se fundamenta en la postura filosófica

del **sometimiento**. Mientras que le endilga a la aceptación de la imputación la filosofía del **consenso**.

...desde ya se advierte, no se consolida en los casos de la aceptación de la imputación en la audiencia de su formulación prevista en los artículos 293 y 351 de la primera normatividad, y la sentencia anticipada regulada en el artículo 40 de la segunda, pues además de que fueron moldeados con arreglo a esquemas constitucionales diferentes, configuran institutos procesales sostenidos en bases filosóficas distintas: aquél en el paradigma del consenso, ésta en el del sometimiento (CSJ SP, 23 may. 2006, rad. 25300) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP436 - 51.833, 2018)

LEY 906 DE 2004

En aplicación del código de procedimiento penal de 2004, una vez inicia el proceso penal a propósito de la presentación de una noticia criminal, la Fiscalía General de la Nación comienza un trámite indagativo tendiente a obtener un conocimiento en grado de inferencia razonable de autoría o participación de quienes para dicha etapa procesal resultan ser indiciados. Agotadas las actividades investigativas pertinentes y suficientes para alcanzar el objetivo descrito, la Fiscalía General de la Nación se encuentra en capacidad de determinar si tiene o no un caso penal en sus manos. En

caso de que la respuesta a dicho interrogante resulte ser positiva, entonces se llevará a cabo la diligencia de formulación de imputación en la cual el persecutor le comunicará al procesado que se encuentra vinculado a una investigación de carácter penal, le describirá los hechos por los cuales se le vincula y, además, se le posibilitará el escenario para que se allane o no los cargos atribuidos.

El allanamiento a cargos se configura como una posibilidad que se habilita para el procesado, principalmente en la formulación de imputación, en reconocimiento de su capacidad de autodeterminación, para poder reconocer sus errores y sus culpas. En igual sentido, se constituye como un canal que permite materializar aquel fin esencial del Estado de posibilitar la participación de los individuos en las decisiones que les afectan directamente.

Así, el allanamiento a cargos es la posibilidad que tiene el procesado de reconocer que actuó contrario a derecho, de arrepentirse de su comportamiento y, además, doblegar su voluntad -que parecía rebelarse en contra del establecimiento- frente al Estado, divulgando y aceptando la supremacía de aquel Leviatán que le somete ante su poder.

Entonces, el procesado que se considere responsable y pretenda evitar la extensión de un litigio de esta naturaleza, tiene ante él en sus manos una oportunidad de oro en esta temprana etapa procesal, pues está facultado para que, **de manera unilateral, consciente, voluntaria, informada**, acepte en todo o en parte los hechos que se le han endilgado como de su autoría o participación.

Si el procesado tiene a bien aceptar todos los hechos en que se predica su autoría o participación, hablaremos de un allanamiento a cargos, escenario en el cual es imperativo concluir que, **es el procesado el que resulta decidiendo sobre su suerte** luego de sopesar y evaluar la otra opción en que podía enfrentar su destino, es decir, acudiendo a instancias del juicio oral.

Nótese entonces la diferencia existente entre la terminación anticipada prenotada y el allanamiento a cargos, pues al tratarse de un sistema procedimental acusatorio, la segunda supone aceptar lo predicado por la Fiscalía General de la Nación como la hipótesis acusatoria, mientras que la primera buscaba llevar a cabo una confesión sobre la participación del procesado.

Ahora, evidentemente el allanamiento a cargos puede llevarse a cabo en cualquier sede procedimental y ante el juez con función de control de garantías o de conocimiento. Lo importante ante este cúmulo de posibilidades es que el encausado deberá comprender que, entre más avanzado se encuentre el trámite procesal, menor va a ser el reconocimiento que en términos punitivos le proporcione el Estado.

Lo anterior no puede comprenderse si no se tiene en cuenta que el proceso penal que se ha previsto en la mayoría de las latitudes resulta ser muy extenso, posiblemente por el cúmulo de las garantías de que se quiere recubrir a quien resulte indiciado al interior de un trámite de esta naturaleza. Sin embargo, esta extensión no sólo implica un gran desgaste de personal al servicio de la justicia y la fiscalía, sino además un ingente

esfuerzo económico que pueda solventar la prestación de dichas labores que permitan perseguir la totalidad de comportamientos punibles.

Entonces, debido a los múltiples inconvenientes que significa pretender abordar todos y cada uno de los conflictos de naturaleza punitiva que se presenten en el diario vivir social, es que se han previsto estos mecanismos de terminación anormal y anticipada del proceso, que permitan alcanzar grados aceptables de justicia, verdad, reparación, y que creen la sensación social de que el aparato de justicia resulta estar en funcionamiento y al servicio total de quien así lo demande.

De manera que, el allanamiento a cargos es un mecanismo de terminación anticipada del proceso en el cual el Estado reconoce el actuar del procesado, con miras a recortar el procedimiento, admitiendo su responsabilidad y, bajo ese entendido, se le proporciona una rebaja del quantum punitivo a imponer.

Entonces, pese a que desde que se inicia formalmente el proceso penal, el procesado cuenta con la posibilidad de allanarse a cargos, la rebaja dependerá -en virtud del principio de progresividad- del momento en el cual se realice la manifestación de aceptación. Así:

- **En audiencia de formulación de imputación:** la rebaja será desde la tercera parte y un día **hasta el 50%** del quantum punitivo a imponer.
- **En audiencia preparatoria:** desde una sexta parte y un día hasta la tercera parte
- **En audiencia de juicio oral:** se rebajará el quantum punitivo imponible en una sexta parte (1/6).

Ahora bien, como hemos manifestado, el allanamiento a cargos ha de pensarse como una garantía procesal del indiciado o imputado, pues la legislación doméstica contempla una serie de oportunidades para que se lleve a cabo y determinados corredores punitivos a los que debe acudir el juzgador al momento de tasar la consecuencia jurídica a imponer, lo que implica que esta oportunidad, al menos en cuanto a la manifestación de aceptación, sea irreductible e innegociable.

De manera que, el allanamiento a cargos se constituye en una oportunidad ineludible, so pena de que se materialice una violación al debido proceso y con ello propiciar la existencia de una nulidad procesal, pues es el mismo código de procedimiento penal el que indica en qué momentos habilitar dicha alternativa al procesado.

Se considera que el allanamiento a los cargos no sólo no puede obviarse, sino que frente a ésta la Fiscalía General de la Nación no tiene alternativa distinta que reconocer la voluntad del procesado y dar por terminada así su investigación. Por su parte, la judicatura única y exclusivamente podrá pronunciarse en contra del querer del encausado, sí, y sólo sí, observa la existencia de un vicio en el consentimiento que desvíe su juicio e impida una decisión racional.

Posible es concluir, con las características prenotadas, que el allanamiento a cargos es una garantía de que provee el procedimiento penal a los procesados a efectos de que puedan directamente reconocer su responsabilidad, participar en la decisión que les afecta, incluso ampliar su margen de libertad al obtener una rebaja sobre el quantum punitivo a

imponer, y su elusión acarreará una vulneración constitucional insostenible para el trámite procesal.

Permitir que el ciudadano que es llevado ante un juez de la República con unos cargos concretos pueda decidir sobre su suerte luego de una serie de hechos atribuidos por el ente persecutor, sólo se traduce en la afirmación de su autodeterminación y dignidad humana. Lo que al final, significa el reconocimiento de una garantía (de aquellas creadas por el hombre histórico) producto de la tendencia hacia la humanización, racionalización y reducción del derecho penal.

LIMITACIONES DE LA REBAJA DE PENA EN CASOS ESPECIALES DE ALLANAMIENTO A CARGOS

EN CASOS DE CAPTURA EN TÍPICA SITUACIÓN DE FLAGRANCIA

Mucho se ha discutido sobre la institución jurídica de la flagrancia y su relación con la posibilidad de que el procesado acepte los cargos que le han sido atribuidos. Esto se debe a que el legislador ha considerado que el hecho de capturar a una persona en el momento mismo en que está ejecutando el comportamiento delictivo, o sus circundantes, resulta ser motivo suficiente para que la aceptación de cargos en la audiencia de formulación de imputación no genere una rebaja tan significativa como en los casos en que dicha especial situación no se presenta.

Sucede que en los eventos en que no existe una captura en situación de flagrancia y el procesado se allana a los cargos, el Estado resulta retribuyendo, en cierta medida, que el individuo le hubiese ahorrado un

cúmulo de actividades investigativas para demostrar su responsabilidad, en últimas, la celeridad procesal con la que contribuye. Sin embargo, en los casos en que se aprehende a una persona ejecutando el comportamiento contrario a derecho, si bien debe seguirse el procedimiento común para demostrar ante un juez la responsabilidad del individuo, se ha considerado que resulta contarse con un indicio, que aunque no es irrefutable, hace que sea bastante menos complejo que iniciar de cero una investigación criminal tendiente a demostrar su intervención en el comportamiento delictivo. De allí que la rebaja del quantum punitivo a imponer que se propicie en esta sede en donde se aceptan cargos, sea menor.

Pues bien, sobre esos pilares es donde la jurisprudencia de la Corte ha sentado su criterio relativo a que en los casos de flagrancia, cuando no van acompañados de un plus de colaboración, la rebaja de pena no puede alcanzar el 50%, así la economía procesal sea mayúscula, como por ejemplo cuando la aceptación de cargos se produce a escasas horas de cometer el delito. Y un tal planteamiento ha llevado a la Sala a estimar que ese premio punitivo puede ser del orden del 35 o del 40% en la medida en que debe ser superior -en todo caso- a una tercera parte más un día, dado que el acogimiento a los cargos se ejecuta en la primera oportunidad.

En ese contexto no hay duda que la proporción extrema no puede operar, en la medida en que -por regla general- de una

situación de flagrancia normalmente se derivan sin mayor dificultad los elementos de convicción que permiten -así sea con agotamiento del trámite normal- el proferimiento de un fallo condenatorio. El apoyo que a la sentencia ofrece el allanamiento en un caso de flagrancia no es otro que el de la simple economía procesal y el premio a esa sola consecuencia se refleja justa y proporcionalmente en el 35 ó 40% que viene predicando la sala (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 30.550, 2010)

En resumen, debe decirse que el quantum punitivo a imponer a propósito del allanamiento a cargos, luego de ser aprehendido en situación de flagrancia, ha sido regulado por el legislador y la jurisprudencia, bajo el entendido de que quien resuelve aceptar los cargos que se le endilgan luego de ser aprehendidos en estas condiciones, no resultan realizar una mayor colaboración, por lo que, atendiendo a criterios de 'política criminal' el quantum punitivo habría de tener las siguientes rebajas:

- En audiencia de formulación de imputación: Desde 8,33% y un día hasta 12,5%.
- En audiencia preparatoria: Desde 4,16% y un día hasta 8,33%.
- En audiencia de juicio oral tiene una rebaja fija de 4,16%.

EN LA COMISIÓN DE TERRORISMO, FINANCIACIÓN DE TERRORISMO, SECUESTRO EXTORSIVO, EXTORSIÓN Y CONEXOS

La Ley 1121 de 2006 consideró necesario que en los casos que se trataran de la comisión de delitos tales como: terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión, la rebaja de pena que se propicia a propósito de la “sentencia anticipada” o la “confesión” fuera **suprimida**.

Recuérdese que una de las funciones que ostenta el legislador es la de establecer los parámetros que delimiten la política criminal del Estado, es decir, crear un cúmulo de normas e instituciones jurídicas tendientes a combatir y disminuir la criminalidad y delincuencia.

Ahora, pese a que en dicha regulación normativa se establezca expresamente la “sentencia anticipada” y la “confesión”, esta restrictiva situación se extendió a todos los mecanismos de terminación anticipada del proceso puesto que, al entender de la Corte Constitucional, la voluntad del legislador era la de delimitar los beneficios que de allí se derivaban. Veamos:

A esta conclusión podría oponerse que la referencia expresa del artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 a las instituciones procesales de la sentencia anticipada y la confesión descartaría su aplicación en el nuevo sistema procesal por no contener todos los mecanismos procesales previstos en los dos sistemas coexistentes (entre ellos, el allanamiento o la aceptación de cargos y los acuerdos o preacuerdos de negociación); **no obstante, para la Sala ello obedece a una**

omisión relativa, pues se insiste, de los antecedentes legislativos es posible determinar que el ánimo del Congreso de la República fue procurar que desde la expedición de la norma, los procesados por los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, carecieran de la posibilidad de obtener beneficio alguno diferente a los de colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre y cuando fuera eficaz.

Así, un entendimiento claro, apunta a que el querer del legislador fue la creación de una prohibición plena y para ello, utilizó indistintamente conceptos propios de las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, ante la coexistencia de los dos sistemas de procesamiento. (Corte Constitucional, C-073 de 2010).

De esta manera, el legislador consideró que la realidad del país aunada a la elevada gravedad de los delitos enunciados y el reproche social superlativo que recae sobre los mismos, eran motivos suficientes para que, en uso de su libertad de configuración legislativa, se restringiera absolutamente toda clase ‘beneficio punitivo’ que tuviera lugar a propósito de cualquier institución de terminación anticipada y anormal del proceso penal.

EN DELITOS CONTRA MENORES DE EDAD

En cuanto a los menores de edad, es la Ley 1098 de 2006, o Código de Infancia y Adolescencia, la disposición normativa que regula el comportamiento de los infantes y los que recaen en su contra.

En nuestro ordenamiento jurídico-constitucional se establece que existe un interés preponderante del menor de edad y se demarca el camino que le considera como eje fundante de nuestra sociedad.

En este sentido, el legislador ha sido absolutamente cuidadoso con las regulaciones normativas que tienen como finalidad proteger a los niños, su autonomía y libre determinación, motivo por el cual se ha establecido una protección acérrima de los menores, considerando -desde una óptica político criminal- que esta clase de delitos se tornan intolerables y no puede proporcionarse ningún espacio de discusión, beneficio o alegación tendiente a aminorar la responsabilidad penal a quienes se demuestre la misma.

Por tal motivo, cuando se trata de delitos de homicidio, lesiones personales dolosas, delitos contra la libertad, integridad y formación sexual o secuestro que recaigan sobre niños o adolescentes, se prohíbe cualquier clase de rebaja contenida en los artículos 348 a 351 del Código de Procedimiento Penal, es decir, cuando se trata del juzgamiento de alguno de estos delitos, el preacuerdo o allanamiento tendrá como única consecuencia la terminación anticipada del proceso, sin que ello conlleve la natural rebaja del quantum punitivo a imponer.

ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS

SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

(...)

7. No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004 (Ley 1098, 2006, art. 199).

EN EL DELITO DE FEMINICIDIO

Otro de los eventos en que por motivos de política criminal el legislador ha restringido en parte el funcionamiento del instituto procesal penal del allanamiento a cargos y su consecuente rebaja del quantum punitivo a imponer es el del delito de feminicidio.

Bajo el pensamiento del legislador, restringir el funcionamiento normal del instituto de allanamiento a cargos en los eventos del novísimo y *sui generis* tipo penal del feminicidio, se fundamenta en que se tiene la percepción de que cercenar el espectro de los ‘beneficios’ para este delito implica que su ejecución disminuya.

Fue así como se materializó la voluntad del constituyente derivado a partir de la Ley 1761 de 2015, que en su artículo 5, pese a referirse expresamente al instituto procesal de los preacuerdos, interfiere en todas las consecuencias benéficas incluidas en el artículo 351 del C.P.P., es decir, también en el allanamiento a cargos.

PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

Como se ha dicho, en los escenarios en que la Fiscalía General de la Nación se embarca en una causa punitiva, a propósito de una noticia criminal, su labor debe dirigirse única y exclusivamente a determinar, en primer lugar, con conocimiento en grado de inferencia razonable, la existencia material del hecho noticiado y, además, establecer el grado de intervención de aquél o aquellos que son señalados como participantes.

Cuando el desarrollo del programa metodológico de investigación permite tener una certeza probatoria en concepto de la parte acusadora -que no procesal- es que el ente persecutor procede a adelantar las diligencias jurisdiccionales pertinentes en aras de enrostrar el comportamiento a quien estima autor o partícipe en sede de formulación de imputación.

Es justo en este instante, sin que signifique que sólo sea a partir de allí, que la reforma constitucional del 2002, implementada a través de la Ley 906 de 2004, presenta como posible un escenario transaccional en donde, bien la fiscalía, bien la defensa, pueden proponer una fórmula de arreglo -si se quiere, privada- a un problema social de naturaleza pública, que permita suprimir alguna(s) o todas las fases procesales que conforman el rito penal.

Así las cosas, con respecto a la institución jurídico-penal de los preacuerdos debe señalarse que se proponen escenarios que se tornen similares a los que caracterizan la realidad de lo acaecido, esto es, un evento en donde se comparta el núcleo fáctico pero se varíe la calificación jurídica del delito, de la intervención del individuo, la consecuencia jurídica a imponer, la modalidad en que se cometió la conducta, se tenga en cuenta sólo una parte de los hechos realmente sucedidos, se consideren circunstancias especiales que posiblemente no estaban presentes; todo esto con un común denominador: generar una condición asaz benéfica en términos punitivos para quien infringió la norma y en términos operacionales para el Estado como titular de la acción penal.

Así lo presenta la legislación procesal penal doméstica al señalar:

ARTÍCULO 350. PREACUERDOS DESDE LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN. Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el

imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal:

1. Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico.

2. Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena (Ley 906, 2004, art. 350).

De conformidad con la literalidad de la norma, estimamos que el legislador asumió una postura coincidente con la *teoría de la transacción*, según la cual, se estima que las partes ejecutan un acuerdo bilateral, obligándose recíprocamente en una relación ceder-ganar.

Ahora bien, naturalmente al ser los preacuerdos un elemento procesal de índole transaccional, se requiere la presencia de un pacto entre -al menos- dos voluntades que, no sólo decidan terminar anticipadamente el trámite punitivo, sino, además, bajo qué términos y condiciones. Y se dice “al menos” puesto que debe recordarse que la realización del acuerdo está sujeta, además, a los comentarios u oposiciones que realicen las víctimas y el Ministerio Público, esto sin tener en cuenta que todo el negocio jurídico está sometido a la aprobación *ex post* del juez con funciones de conocimiento.

Al presentarse un acuerdo entre la defensa y la fiscalía a propósito de la acusación y sus términos específicos en donde se negocia -casi libremente- los términos de la imputación o la acusación, manipulando la clase de intervención en que incurrió el individuo, la modalidad en que cometió su comportamiento, las circunstancias de mayor y menor punibilidad, entre otros. lo que debe concluirse es que el procesado cuenta con la posibilidad de proponer un negocio al Estado tendiente a atenuar su nivel de responsabilidad penal y solucionar el conflicto rápidamente.

Debe aclararse que, si bien en nuestros ordenamientos procesales penales se ha contado con algún tipo de antecedentes de esta institución transaccional, lo cierto es que propiamente los preacuerdos surgen con la regulación adjetiva del 2004, con una marcada pretensión: dotar de eficiencia el funcionamiento de la administración de justicia en sede punitiva, hasta el punto de pretender que más del 90% de procesos encuentren el final con su aplicación.

Estas especiales circunstancias que se han generado a través de los preacuerdos también son una expresión del derecho que tienen los individuos a terminar anticipadamente el proceso penal. Sin embargo, a diferencia del allanamiento a cargos, ésta no resulta ser una posibilidad absoluta e irreductible para que concluya el trámite procesal, sino que ha de depender del criterio que el ente acusador tenga sobre la investigación adelantada y la conveniencia institucional de así llevarlo a cabo.

Es decir, la defensa tiene el derecho de acercarse a la Fiscalía General de la Nación a efectos de ser escuchada y propiciar un escenario transaccional

con miras a llegar a un acuerdo respecto del ejercicio de la acción penal. Incluso, se podría encontrar habilitada la defensa (y la fiscalía) para solicitarle al juez la suspensión de las diligencias jurisdiccionales a efectos de evaluar la viabilidad de un acuerdo, mismo que no tiene como objetivo entorpecer la actuación penal, sino, dotar de eficiencia la intervención punitiva y que la rebaja del quantum de pena a imponer sea inferior por hacerse en la instancia más temprana posible.

Sin embargo, no existe vulneración alguna respecto del mencionado derecho a terminar anticipadamente el proceso, si se resiste la posibilidad de celebrar un preacuerdo o si el escenario explorado no prospera, pues como se ha señalado y se profundizará con posterioridad, los derechos resultan ser expectativas con posibilidad de ser limitadas dependiendo de determinadas circunstancias. No obstante, todos los procesados -salvo los casos que ya se expondrán- se encuentran habilitados legalmente para comparecer ante el ente acusador a solicitar la celebración de un preacuerdo que busque solucionar anticipadamente el conflicto jurídico-social.

Hoy nadie niega que un procesado pueda acudir ante la fiscalía con la intención de solucionar rápidamente el inconveniente jurídico que le asiste con el Estado a través de la proposición de una negociación. No obstante, también son cada vez más claros los límites que, paulatinamente, se han venido imponiendo sobre estas instituciones.

Tan relevante ha sido la divergencia de criterios, que en 2019 la Corte Constitucional colombiana se vio en la imperiosa necesidad de proferir una sentencia de unificación respecto de los criterios que deben tenerse en

cuenta al momento de celebrar un acuerdo entre fiscalía y defensa. Ante el interés que ha asistido a quien escribe sobre este tema, surge frecuentemente el interrogante acerca de si en aras de lograr la tan anhelada eficiencia ¿es necesario eludir tanto el procedimiento preestablecido para al final alcanzar una sentencia condenatoria?, ¿no recae sobre los preacuerdos un interés absolutamente retributivo que busca una condena sin importar en qué términos?

No debe olvidarse entonces que, en nuestro ordenamiento, el preacuerdo no se constituye como la manifestación de la libre voluntad de las partes, pues se trata de una transacción que debe obedecer a estrictos límites, ya que si bien es importante solucionar el conflicto jurídico que se ha creado, también es indispensable reafirmar que el ordenamiento jurídico, sobre todo el que regula las relaciones de naturaleza pública, es aplicable e indisponible de acuerdo con determinados intereses.

Tanto tiene una naturaleza reglada y limitada que, la Ley 906 de 2004 contempla sistemáticamente controles sobre la negociación, hasta el punto de que no siempre debe significar una sentencia condenatoria. De esta manera, una interpretación sistemática del Código de Procedimiento Penal permite concluir que la labor de los jueces, tanto de control de garantías como de conocimiento, lejos de cumplir una función notarial, ostentan una verdadera labor de control sobre ellos.

En este sentido, nuestro tribunal constitucional ha reafirmado la naturaleza *sui generis* de nuestro Código de Procedimiento Penal, en donde el legislador tomó unos elementos propios de un sistema continental europeo y otros

tantos característicos de las regulaciones anglosajonas, advirtiendo que si bien la entidad encargada de ejercer la acción penal es la Fiscalía General de la Nación, cierto es que su actuación no puede ser arbitraria ni ilimitada (en un Estado de derecho ningún poder ha de ser irrestricto).

Las autoridades judiciales, como todas en un Estado democrático, se hallan regidas por el principio de legalidad y, si bien la justicia consensual rodea al Fiscal de una serie de competencias discrecionales, con el fin de terminar anticipadamente los procesos, en pro de una justicia célere y eficiente, ello no puede llegar al extremo de entender que un acuerdo para una sentencia anticipada puede lograrse “a cualquier costo” o de “cualquier manera”, esto es, de manera arbitraria (no discrecional-reglada) y con el solo fin de llegar a cualquier resultado que finiquite la actuación, sobrepasando los claros fines del instituto procesal de los preacuerdos –entre ellos aprestigiar la justicia. De suerte que “aprestigiar la justicia” no es apenas un desiderátum del Fiscal en el caso concreto sino una auténtica regla jurídica imperativa aplicable en todos los eventos. De este modo, si las autoridades no atienden los límites previstos para el uso de este mecanismo, no sólo sus actos pueden perder sus efectos sino que, además, pueden comprometer su responsabilidad penal y disciplinaria (Corte Constitucional, SU 479 de 2019).

En este sentido, para la Corte Constitucional resulta claro que los preacuerdos tienen límites constitucionales y legales tales como, el principio de legalidad, el núcleo fáctico, el reintegro del 50% de lo ilícitamente apropiado y la garantía del 50% restante; aunado a que, trayendo a colación una providencia del 2016, estimó que debe estar basada en la doble obligación de mostrarse razonable, así como compatible con la vigencia de los principios y valores constitucionales (Corte Constitucional, C-538 de 2016).

En suma, para el tribunal constitucional los preacuerdos se tratan de una institución propia de la justicia consensuada, pero no por ello deben sustraerse de una lógica y racional congruencia con lo ocurrido, pues las víctimas y la sociedad en general ostentan un derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos.

Incluso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como resultado de la unificación de la Corte Constitucional, manifestó consecuentemente que las negociaciones no pueden darle un ropaje a las circunstancias fácticas que impidan vislumbrar su verdadera proporción.

Visto de otra manera, lo resuelto en el fallo de constitucionalidad y en la sentencia de unificación simplemente impide que a los beneficios (en ocasiones desbordados) se les dé un ropaje jurídico que, en ocasiones, impide establecer su real proporción. Así, en los casos allí tratados, en lugar de establecer

frontalmente que la pena se rebajaría en un 83%, se optó por incluir una circunstancia de menor punibilidad sin referentes fácticos debidamente acreditados, con lo que se logró el mismo efecto (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP 2073-2020, 52.227).

En este sentido, el máximo tribunal de la justicia ordinaria, luego de reafirmar la existencia de una discrecionalidad reglada en materia de preacuerdos y negociaciones, reafirmó que el poder entregado a la fiscalía no es ilimitado.

Al respecto, la Sala encuentra que la Ley 906 de 2004 consagra una amplia regulación de los beneficios que pueden otorgársele a los procesados, que abarcan desde las rebajas por el allanamiento unilateral a los cargos, hasta la posibilidad de otorgar inmunidad total o parcial en el ámbito del principio de oportunidad.

Sin embargo, todos ellos están sometidos a límites, incluso cuando el procesado no solo contribuye a la pronta solución de su caso, sino además cuando colabora “eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada” (causal 5a de principio de oportunidad), como

también cuando “sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes...” (causal 6a).

Incluso en esos eventos, cuando el estado recibe una colaboración trascendente para combatir la delincuencia Casación No. 52227 Alfonso Aníbal Vásquez Ciro 55 organizada o lograr el esclarecimiento de delitos graves y la imposición de las respectivas sanciones, la Fiscalía tiene límites para el otorgamiento de beneficios, entre ellos: (i) sus decisiones están sometidas a control judicial formal y material, independientemente de la modalidad de principio de oportunidad de que se trate; (ii) la colaboración del procesado debe ser relevante (eficaz, esencial); (iii) las modalidades de suspensión e interrupción permiten verificar dicho requisito material antes de que el beneficio quede en firme; (iv) estos beneficios no operan frente a delitos de extrema gravedad (art. 324, parágrafo 3o); y (v) en cada caso deben ponderarse, entre otros aspectos, los derechos de las víctimas y la importancia de la colaboración para “la protección efectiva de bienes jurídicos de mayor entidad, lo cual redundará en la protección de los derechos de las víctimas de delitos más graves” (C-095 de 2007, entre otras).

En conclusión, la jurisprudencia doméstica, en consonancia de los parámetros delineados por la Ley 906 de 2004, recientemente ha reafirmado que, en nuestro ordenamiento, respecto de los preacuerdos, no domina una tesis correspondiente a la **transacción**, sino, más bien, que se opta por considerarlo, en palabras de Guerrero (2018) como un **acto procesal de postulación** (p. 501).

Por último, sobre la rebaja de la pena que conlleva esta institución ha de señalarse que la misma también es diferente a la de la institución ya referida anteriormente, pues la legislación no contempla un catálogo de rebajas punitivas concretas respecto de las cuales se podría transar, sino que lo deja al arbitrio de las partes dependiendo de las condiciones acordadas.

SITUACIONES PARTICULARES DE LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES

RESTRICCIONES PARA CELEBRAR PREACUERDOS

Con el propósito de no tornarnos reiterativos, en este punto nos limitaremos a enunciar en qué eventos los preacuerdos comparten con los allanamientos a cargos las restricciones para ser materializados en el proceso penal.

Así, en los casos en que se presente una típica situación de **flagrancia**, la rebaja en el preacuerdo también debe obedecer a $\frac{1}{4}$ del beneficio consagrado en el artículo 351 del C.P.P. relativo a los preacuerdos desde la audiencia de formulación de imputación.

Sin embargo, téngase en cuenta que incluso una de las negociaciones a que se podría arribar en este tema se refiere a suprimir la situación de flagrancia para que la rebaja punitiva se realice de forma plena, aspecto que resulta imposible en un escenario de allanamiento a cargos.

Así mismo, el legislador estableció una rebaja ostensiblemente menor en los casos en que el delito que se investigue sea el **feminicidio**, puesto que al igual que en el allanamiento a cargos, la rebaja no puede superar $\frac{1}{2}$ del beneficio contemplado en el artículo 351 del C.P.P.

Por último, también comparten estas circunstancias especiales los casos en que se investiguen delitos de homicidio, lesiones personales dolosas, delitos contra la integridad y formación sexual o secuestro que recaigan sobre niños o adolescentes, así como los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión.

De manera que una conclusión válida es que, de acuerdo con la regulación procesal penal colombiana, los preacuerdos y allanamientos se constituyen como semejantes **en cuanto a algunas de las restricciones en las rebajas de pena a que conllevan.**

POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA RESPECTO DE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE ALLANAMIENTOS Y PREACUERDOS

Hasta ahora hemos podido evidenciar como legalmente existen algunas diferencias entre las instituciones **del allanamiento a cargos** y los

preacuerdos al interior del proceso penal como mecanismos contemplados en la legislación a efectos de terminar anticipadamente el proceso penal.

No obstante, el tema no ha sido pacífico al interior de las discusiones de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto se debe a que desde que se implementó el sistema procesal penal vigente en nuestro país, y el alto tribunal inició sus labores de construcción jurisprudencial como fuente auxiliar de interpretación, ha adoptado posturas que incluso han llegado a contraponerse, creando una situación de inestabilidad jurídica en la interpretación y el desarrollo de los casos concretos.

Recuérdese entonces que la Ley 906 de 2004 inició su período de vigencia, en algunas partes del país, a partir del 01 de enero de 2005. Allí se suscitaron discusiones respecto de aquellos eventos en que un ciudadano se había acogido a sentencia anticipada bajo el régimen de la Ley 600 de 2000 y, en el tránsito legislativo, se percataba que era más favorable la consecuencia prevista para el allanamiento a cargos del nuevo sistema, por lo que alegaba la necesidad de aplicar el derecho de favorabilidad contemplado en el artículo 29 de la Constitución Política.

Entonces, tuvo que resolver la Corte, en épocas muy prematuras del sistema de ‘querer acusatorio’, sobre si consideraba homólogas las instituciones de sentencia anticipada y allanamiento a cargos.

A propósito de aquel problema jurídico, la Sala de Casación Penal optó por considerar que el allanamiento a cargos, propio de la Ley 906 de 2004, cimentaba sus orígenes en un acuerdo o negociación entre la Fiscalía General de la Nación y el imputado o acusado, motivo por el cual caracterizó

como completamente diferentes el allanamiento a cargos y la sentencia anticipada:

Ahora bien, debe reconocerse que varios de esos institutos no son nuevos en los antecedentes jurídicos del proceso penal colombiano, habida cuenta que fueron contemplados en legislaciones pasadas, pudiéndose sostener que si se confrontan aquellos con los actuales se concluiría que algunos de ellos guardan similitudes, lo que no implica que sean necesariamente idénticos o iguales, como sucede con la anterior sentencia anticipada y la figura del allanamiento o aceptación de cargos.

En efecto, contrario a lo que sucedía con la sentencia anticipada, **el allanamiento o aceptación de cargos tiene génesis en un acuerdo o en una negociación entre el fiscal y el imputado o acusado**, según el caso (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 21.954, 2005).

Habiendo resuelto que, en términos de naturaleza jurídica, el allanamiento a cargos resultaba ser equiparable a los preacuerdos y negociaciones, la Sala de Casación Penal procedió a atribuirle una de las características más relevantes de la segunda, esto es, que cuando una persona pretendiera allanarse a cargos y, a propósito del ilícito hubiera obtenido un incremento

patrimonial, el mismo debía ser reintegrado en -al menos- un 50% y garantizada la devolución del porcentaje restante:

En el modelo de la ley 600 de 2000 el procesado se allana a los cargos en el sumario o en el juicio y sobreviene una rebaja punitiva automática, sin importar que lo haya hecho el primer día a partir del cual contó con la oportunidad o el último, como tampoco su actitud indemnizatoria, la existencia de otros procesos en su contra, el estado o condiciones de la persona ofendida con el delito o alguna otra parecida; en el nuevo modelo de justicia penal consensual de la ley 906 de 2004, por el contrario, Fiscal y procesado acuerdan la rebaja, que por eso se estableció flexible, resultando la misma dependiente de consideraciones como el ahorro de proceso, la contribución del procesado en la solución del caso, su disposición a reparar efectivamente a la víctima y otras similares que en momento alguno se pueden confundir con los criterios legales para fijar la pena, sin pasar por alto obviamente las directivas adoptadas por la Fiscalía en materia de acuerdos o preacuerdos y las pautas de política criminal eventualmente existentes, circunstancias todas respecto de las cuales quien cuenta con información para el discernimiento respectivo es el Fiscal y no el Juez.

Ahora bien: la circunstancia de que el allanamiento a cargos en el Procedimiento Penal de 2004 sea una modalidad de acuerdo, traduce que en aquellos casos en los que el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido un incremento patrimonial fruto de la misma, debe reintegrar como mínimo el 50% de su valor y asegurar el recaudo del remanente para que el Fiscal pueda negociar y acordar con él, conforme lo ordena el artículo 349 de esa codificación. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 21347, 2005).

La referida, era entonces la postura sostenida por la Sala de Casación Penal pacíficamente, pues se comprendía que el novísimo sistema de procedimiento penal pretendía agotar el trámite de manera anticipada y concluía que todas las formas que permitieran dicho fin hacían parte del sistema de justicia consensuada.

La postura fue variando tímidamente y el 14 de marzo de 2006, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que no era indispensable para que se presentara el allanamiento a cargos, que la defensa y el persecutor llegaran a un acuerdo sobre el quantum punitivo a imponer, pues si las partes obviaban dicha situación, lo cierto es que lo sometían a las reglas de la sana crítica y al cumplimiento de los parámetros legales que debía seguir la judicatura.

Debe recalcar, de todos modos, que en la citada sentencia del 14 de marzo de 2006, se prosigue concibiendo el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación como una modalidad de los acuerdos o preacuerdos, en la medida que en sus fundamentaciones no aparece argumento explícito en sentido contrario; lo que ocurre es que, como se dijo, al avalarse el trámite dado a la actuación, en el cual no hubo acuerdo entre fiscalía e imputado en torno al porcentaje de reducción punitiva por la aceptación de la imputación, ni a las consecuencias del hecho, se sobreentiende que el posterior pacto sobre esos tópicos no es necesario (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 24.531, 2006).

Debe tenerse en cuenta cómo al momento de la implementación del sistema la corte consideró que los allanamientos a cargos eran una clase de preacuerdos, equiparando así las instituciones, puesto que en sus palabras:

(...) en el novedoso sistema procesal la aceptación de cargos prevista en las citadas normas constituye, por regla general, un acuerdo bilateral, no unilateral como sucedía en el pasado régimen de sentencia anticipada, entre el fiscal y el imputado, evento en el cual se puede negociar el monto de rebaja punitiva, correspondiéndole al juez de conocimiento dictar la sentencia

teniendo como soporte dicho acuerdo, salvo que advierta la transgresión de garantías fundamentales.

En otras palabras, dentro del actual sistema acusatorio, el fiscal y el imputado están en libertad de llegar a acuerdos, los cuales “obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales”, evento que no ocurría con la antigua sentencia anticipada, habida cuenta que no se permitía ningún tipo de negociación y al juez le correspondía determinar la pena conforme al acto libre, voluntario y unilateral manifestado por el procesado (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 21.954, 2005).

Tuvieron que transcurrir casi 8 años de jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para que, repensando este asunto, el alto tribunal estableciera la similitud existente entre el allanamiento a cargos de la Ley 906 y la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000.

Lo importante del giro jurídico en mención, más que la aplicación del principio de favorabilidad entre estatutos procedimentales que filosóficamente no se correspondían, es que se empezó a delimitar el allanamiento a cargos como una institución en la que *“no ha mediado consenso y las consecuencias de ese acto unilateral libre y voluntario no dependen sino del juez dentro del marco de movilidad que la ley confiere - hasta la mitad-* (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25.306, 2008).

Desde entonces, se conformó una doctrina probable por parte del máximo tribunal de la justicia ordinaria que tendía a comprender el allanamiento a cargos como un instituto jurídico procesal cimentado en un acto unilateral, por parte del procesado, en el que nada tenía que ver la Fiscalía General de la Nación y a través del cual se ponía fin anticipadamente al proceso.

Incluso en el año 2011, cuando todavía dominaba dicha tesis, la corte consideró que en los casos en que la comisión de un comportamiento delictivo supusiera un incremento patrimonial injustificado para el sujeto activo del delito y éste se allanara a los cargos imputados, no aplicaba la carga contemplada en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, pues lo claro es que la finalidad de dicha norma es imponer un condicionamiento mucho más álgido y riguroso para quien negocia frente a quien se somete al poder del Estado.

En efecto, dígase que mientras en el allanamiento, entendido como la pura y simple aceptación de cargos, el acusado o imputado se somete voluntaria y unilateralmente a los cargos tal como se los formula la fiscalía sin posibilidad alguna de negociar alguno de los aspectos citados en precedencia, en el acuerdo o negociación, en contraste, puede decirse que el imputado o acusado tiene un cierto margen para, en consenso con la fiscalía, configurar los cargos en su contra.

Así, bien puede decirse que en el allanamiento solamente el que se somete es quien cede, mientras que en el preacuerdo ambas

partes lo hacen: el acusado o imputado porque renuncia a ejercer el derecho de defensa dentro de un juicio oral, público y contradictorio; y la fiscalía, por cuanto los términos de la acusación los fija, no de manera del todo autónoma sino en consenso con el sujeto pasivo de la acción penal.

De allí que resulte lógico que, a la hora de aprobar el preacuerdo, al imputado o acusado que tiene la facultad de tomar parte en la determinación de los cargos que habrá de aceptar se le someta a condicionamientos más rigurosos que a quien simplemente se allana: uno de ellos es, precisamente, la exigencia de reintegrar al menos la mitad de lo percibido en los casos de delitos que involucren un incremento patrimonial, o bien asegurar el recaudo del remanente, exigencia que no pesa sobre quien unilateralmente se acoge a los cargos tal como la fiscalía se los formula (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 34.829, 2011).

Esta postura, que como ya se ha dejado claro era la segunda que tomaba la Sala Penal en su jurisprudencia respecto a la diferencia o similitud entre el allanamiento a cargos y los preacuerdos, perduró hasta el 2017, cuando -a nuestro juicio- coyunturalmente, el alto tribunal recogió sus pronunciamientos anteriores y volvió a los orígenes de éste, considerando que el allanamiento a cargos es una modalidad o manifestación de los preacuerdos y negociaciones que trajo consigo la ley 906 de 2004.

4.- No obstante lo anterior, como resultado de reestudiar el tema, la Sala concluye que **indudablemente el allanamiento a cargos constituye una de las modalidades de los acuerdos bilaterales entre fiscalía e imputado** para aceptar responsabilidad penal con miras a obtener beneficios punitivos a los que no podría acceder si el juicio termina por el cauce ordinario, y que en tal medida resulta aplicable para su aprobación el cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 349 de la ley 906 de 2004.

Pese a los esfuerzos realizados en orden a atribuirle naturaleza y efectos diversos, esta Sala es del criterio que no solamente por encontrarse la figura del allanamiento a cargos dentro del Libro III, Título II del Código de Procedimiento Penal de 2004 bajo el rótulo de «Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado», sino porque es la propia ley (artículo 351 de la Ley 906 de 2004), la que establece que el «acuerdo» de aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, necesariamente debe consignarse en el escrito de acusación que la Fiscalía ha de presentar ante el Juez de Conocimiento, sin el cual dicho funcionario no adquiere competencia para emitir fallo de mérito, y que éste sea congruente con los términos de la acusación, es otra de las razones por las cuales debe concluirse

que el allanamiento a cargos constituye una modalidad de los acuerdos que Fiscalía e imputado o acusado pueden celebrar para cuya aprobación por el juez de control de garantías o el de conocimiento se requiere el cumplimiento íntegro de los presupuestos exigidos por el ordenamiento para conferirle validez y eficacia procesal y sustancial, incluidas las exigencias de que trata el artículo 349 de la Ley 906 de 2004. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 39831, 2017).

Así las cosas, se hace relevante en este punto conocer cuál ha sido el comportamiento de la línea jurisprudencial que ha conformado la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal respecto de la similitud y/o diferencia que existe entre el allanamiento a los cargos y los preacuerdos y negociaciones.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL

¿Son equiparables los conceptos de allanamiento a cargos como expresión de la justicia penal premial y los preacuerdos y negociaciones como manifestación de la justicia penal consensuada?			
Sí son equiparables los conceptos de preacuerdos y negociaciones como manifestación de la justicia penal consensuada con el allanamiento a cargos como expresión de la justicia penal premial	CSJ. SP. 23 de agosto de 2005, rad. 21.954		No son equiparables los conceptos de preacuerdos y negociaciones como manifestación de la justicia penal consensuada con el allanamiento a cargos como expresión de la justicia penal premial
	CSJ. SP. 14 de diciembre de 2005, rad. 21.347		
	CSJ. SP. 14 de marzo de 2006. Rad. 24.052		
	CSJ. SP. 4 de mayo de 2006. rad. 24.531		
	CSJ. SP. 23 de mayo de 2006. Rad. 25.300		
		CSJ. SP. 08 de abril de 2008. Rad. 25.306	
		CSJ. AP. 14 de mayo de 2009. Rad. 29.473	
		CSJ. SP. 08 de julio de 2009. Rad. 31.063	
		CSJ. SP. 27 de abril de 2011. Rad. 34.829	
		CSJ. SP. 05 de septiembre de 2011. Rad. 36.502	
		CSJ. SP. 4514-2014 9 de abril de 2014. Rad. 40.174	
	CSJ. SP. 27 de septiembre de 2017 14.496-		

	2017 Rad. 39.831		
--	---------------------	--	--

CRÍTICA A LA FLUCTUANTE POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Bien es sabido que los organismos jurisdiccionales se pronuncian a través de providencias judiciales, esto es, autos y sentencias, siendo muy relevantes para los parámetros de interpretación normativa en el ámbito jurisdiccional los tribunales de cierre de cada jurisdicción.

Una de las labores más importantes que desempeñan las cortes es que imprimen actualidad al derecho y aquellas normas generales y abstractas que ha considerado el legislador, no sólo las aplica a casos concretos, sino que marca un derrotero a efectos de cómo se debería interpretar en casos similares.

Cuando un tribunal de cierre se pronuncia en tres oportunidades diferentes, sobre un mismo tema, de manera reiterada y en igual sentido, lo que se encuentra construyendo es una doctrina probable, a través de la cual delinea la interpretación jurisdiccional en casos concretos. No quiere decir que sea la única forma de pensar una normatividad aplicable a un caso, pues la jurisprudencia se constituye en un criterio auxiliar de interpretación de la ley; pero, sí demarca un derrotero general sobre la aplicación *in genere* de la misma.

En suma, la importantísima labor que resultan cumplir los pronunciamientos, sobre todo de los tribunales de cierre, es acercar el

aspecto legal del derecho a las nuevas dinámicas y realidades sociales, permitiendo que el devenir amolde las normas que el legislador consideró, en otras épocas, vanguardistas.

Sin embargo, en países como el nuestro la construcción de una jurisprudencia sólida no es una tarea sencilla debido a que el ordenamiento jurídico, en parte, carece de una dogmática que permita pensar la existencia de una teleología intrínseca a su existencia.

¿Por qué es importante la dogmática en el ordenamiento jurídico y, específicamente en el ámbito procesal?

El interrogante planteado ameritaría el agotamiento de una completa y compleja investigación. No obstante, nos referiremos concretamente en lo que al presente desarrollo resulta pertinente.

La creación del sistema jurídico y legal que impera en las sociedades contemporáneas ha llevado a que uno de los principios vertebrales sea el de seguridad jurídica, pues es indispensable para los ciudadanos que se cuente con la posibilidad de prever las consecuencias a que pueden dar lugar sus comportamientos.

Para alcanzar dicho propósito, se torna relevante la aplicación de un método dogmático-jurídico, es decir, de un estudio sistemático que permita que la creación normativa y su interpretación no se deje a merced de la coyuntura política, social o jurídica por la que un conglomerado atraviese, sino que sea preestablecida, garantizando así el derecho fundamental a la igualdad.

Siguiendo a Legaz y Lacambra (1972) la dogmática tiene por objeto construir las instituciones jurídicas partiendo del positivismo, con el objeto de que las

normas jurídicas sean conceptos generales, lo que conlleva la indisponibilidad arbitraria de su materia.

Por lo que, en el mundo jurídico, la creación de las normas atiende a unos motivos específicos que han de ser abordados con su materialización o lo que hemos denominado la **racionalidad de la ley**, ese por qué de las normas que implica pensar en su origen, estructura, finalidad, ámbito de aplicación, supeditando a éstos su alcance e interpretación.

Desafortunadamente, no es lo que podemos percibir de la labor que ha cumplido la Corte Suprema de Justicia en torno a este asunto, pues ha resultado confundir conceptualmente dos instituciones jurídico-procesales que, si bien hacen parte de un mismo género como la terminación anticipada del proceso penal, no son idénticas en su filosofía, modo de aplicación y efectos jurídicos.

Basta sólo recurrir a aquellos pronunciamientos en los que el tribunal de cierre ha manifestado que el allanamiento es una modalidad de preacuerdo debido a que se encuentra desarrollado en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 contenido en el título II “*preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*” para concluir la debilidad de dicha consideración, pues es simplemente la ubicación legal lo que resultaría revestir al allanamiento a cargos de las características propias de una negociación.

Tanto es relevante la crítica que aquí se pretende traer a colación que, para revertir la argumentación imperante hoy en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, podemos acudir a un pronunciamiento anterior de la misma corporación, en donde advirtió que el factor ubicación en el código

respectivo no era suficiente para concluir la naturaleza jurídica de una institución:

(...) **la naturaleza del instituto no depende de su ubicación en un determinado título** o capítulo del código, ni tampoco de la remisión que la ley haga a los mismos para determinar sus consecuencias punitivas, sin que por estas dos razones pueda afirmarse que el allanamiento se asemeja irremediabilmente a los preacuerdos y negociaciones (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 36.502, 2011).

Pese a que el argumento de entrada no resulte ser cierto, pues el allanamiento a cargos se encuentra contemplado como una institución independiente en el artículo 283 de la ley 906 de 2004, incluso como una etapa independiente, según el artículo 288 *ejusdem*, que desarrolla el contenido del título III “*formulación de imputación*”. Por lo que únicamente se encuentra reglado en el ya mencionado artículo 351 la consecuente rebaja punitiva. Siendo válido concluir que se trata de normas -en palabras de la Sala Penal- con inteligencia diversa.

Como se ha dicho, el allanamiento a cargos se constituye en una oportunidad ineludible que provee el Estado a los ciudadanos procesados para que se sometan a su poder punitivo, reconociendo su error y la supremacía de aquel. Se trata de una decisión unilateral en cabeza del encausado a la cual no puede oponerse la fiscalía (quien sí debe darle la

oportunidad de manifestarlo en audiencia) y que debe ser aprobada por el juez siempre que se percate de que la misma se profirió de manera libre, voluntaria, espontánea e informada.

En palabras de los profesores Bernal Cuellar y Montealegre Lynett (2013) *“la noción de allanamiento a la imputación significa el reconocimiento del indiciado según el cual la acción en su contra es perfectamente válida y, además, considerar que la Fiscalía, en virtud de los actos aceptados, está relevada de su demostración en juicio”* (p.866)

Por su parte, los preacuerdos y negociaciones son un mecanismo previsto en la legislación procesal a partir del cual la defensa y la fiscalía, si es su deseo recíproco, pueden lograr un pacto tendiente a terminar anticipadamente el proceso en cualquiera de sus etapas. Quiere decir que, de entrada, se marca una gran diferencia, pues la aplicación de esta institución requiere de una decisión bilateral.

Aunado a lo anterior, los preacuerdos y negociaciones deben tener cada vez más respeto por la legalidad de su contenido, pues no sólo no deben vulnerarse garantías fundamentales cuando se lleva a cabo, sino que debe respetarse un mínimo el ordenamiento jurídico para que no se deforme su aplicación y con posterioridad a su celebración, debe someterse a aprobación por parte del juez de conocimiento, quien bien puede no aprobarlo por criterios diversos a los del allanamiento a cargos.

Conviene recordar, inmediatamente, que *“guilty pleas”* y *“plea bargaining”* no son mecanismos idénticos, correspondiendo el

mayor porcentaje a este último supuesto. En esta dirección, se ha instalado la idea conforme a la cual el alto número de *guilty pleas* no sólo se interpreta como algo consustancial al sistema, sino como elemento imprescindible para que la justicia penal funcione, de manera que pese a suponer la renuncia a un derecho tan esencial al sistema adversativo como es el derecho de defensa y el derecho al jurado, se consiente, al contribuir a que éste se mantenga, por así decirlo, en los niveles aceptables de funcionamiento (Armenta, 2012, p. 131).

Cabe resaltar que el punto en el que confluyen ambos institutos jurídico-procesales es la terminación anticipada del proceso penal, con lo cual cuando un individuo se somete al poder punitivo del Estado (a través del allanamiento) o negocia su aplicación (en los preacuerdos y negociaciones) lo que finalmente busca es que el proceso termine de manera célere y con la respectiva rebaja del quantum punitivo a que habría lugar al evitar al Estado el agotamiento de la vía ordinaria.

Incluso la Corte Constitucional en sede de tutela ha considerado desde la implementación del sistema penal de tendencia acusatoria la diferencia existente entre el allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones:

Una lectura sistemática del nuevo estatuto procesal penal permite deslindar dos modalidades de terminación anticipada del proceso **perfectamente diferenciadas en su estructura,**

consecuencias y objetivos político criminales: (i) Los preacuerdos y negociaciones entre el imputado o acusado y el fiscal; y (ii) la aceptación unilateral de cargos por parte del imputado o acusado.

En el primer caso se trata de verdaderas formas de negociación entre el fiscal y el procesado, respecto de los cargos y sus consecuencias punitivas, las cuales demandan consenso. **En el segundo caso, el presupuesto es la aceptación de los cargos por parte del procesado, es decir que no existe transacción** y en consecuencia no requiere consenso (Corte Constitucional, T-356 de 2007).

La confusión que se ha creado es de tal magnitud que se tiende a desdibujar incluso la naturaleza propia de cada una de estas instituciones jurídicas, pues se ha llegado a dudar de lo evidente, como el carácter unilateral y bilateral de una y otra.

Basta entonces acudir a la práctica jurídica para observar que el allanamiento simple no requiere en ningún momento de la venia del fiscal, ni tiene nada que ver con la benevolencia del acusador, y que cuando el procesado tiene la posibilidad de aceptar la totalidad de los cargos que la fiscalía sugiere en su hipótesis acusatoria, lo que se está presentando es una oportunidad procesal en la que el encausado, en ejercicio de su autodeterminación, decide, voluntaria y libremente aceptar su responsabilidad.

Por el contrario, es lógico que los preacuerdos, si bien también hacen parte del gran derecho a terminar anticipadamente el proceso penal, lo cierto es que su naturaleza y forma de aplicación cambia, pues aquí no es suficiente la voluntad libre e informada del procesado y/o de la fiscalía, sino que se exige un respeto acérrimo a mínimos constitucionales y legales sin que se convierta en un festín legal que permita alterar la acusación a merced de la voluntad de las partes.

Así pues, aunque la Corte Constitucional, luego de realizar un análisis sobre la constitucionalidad del artículo 57 de la ley 1453 de 2011, en su sentencia C-645 de 2012, expresamente ha establecido que **dos son las modalidades de terminación anticipada del proceso** y que ambas son “**perfectamente diferenciadas en su estructura, consecuencias y objetivos político-criminales**” individualizando, por una parte, los preacuerdos y negociaciones y; por otra la aceptación unilateral de cargos o allanamiento, la jurisprudencia y parte de la doctrina contemporánea resulta mezclar estas categorías sin importar el impacto estructural que pueda tener en el desarrollo del proceso penal.

Todo esto se ha traducido en que el creador de la jurisprudencia en materia penal cuente con dos líneas jurisprudenciales, absolutamente antagónicas, en donde se resuelve un caso concreto dependiendo de sus particularidades, lo que a todas luces recaba en el argumento de la ausente dogmática procesal tan importante -y a la vez ausente- en nuestro medio, pero, además, en una palmaria y real inseguridad jurídica.

La incomprensión de estos institutos conlleva a la errada conclusión de considerar las consecuencias jurídicas que producen como idénticas, cuando la realidad es que ambas distan en su teleología y razón de ser. Dos son claros ejemplos de lo anterior: **(i)** la rebaja de la pena y; **(ii)** la aplicación del artículo 349 de la Ley 906 de 2004.

Respecto del primero se referirá el capítulo subsiguiente, motivo por el cual la discusión se postergará para ser abordada allí. No obstante, valga referirse preliminarmente a la aplicación del artículo 349 de la Ley adjetiva penal que creó una restricción para aquellos casos en los que **el imputado que obtuvo un incremento patrimonial como consecuencia del ilícito pretenda llegar a un acuerdo con el persecutor.**

Al tratarse de un claro escenario transaccional y consensual respecto del ejercicio de la acción penal, la voluntad del legislador resolvió crear un requisito que hace más complejo el acceso al mismo, esto es, reintegrar el 50% de lo apropiado como consecuencia del ilícito y garantizar la devolución del 50% restante.

Artículo 349. Improcedencia de acuerdos o negociaciones con el imputado o acusado. En los delitos en los cuales el sujeto activo de la conducta punible hubiese obtenido incremento patrimonial fruto del mismo, **no se podrá celebrar el acuerdo con la fiscalía hasta tanto se reintegre, por lo menos, el cincuenta por ciento del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del**

remanente. Congreso de Colombia. (1 de septiembre de 2004).

Código de Procedimiento Penal [Ley 906 de 2004]. DO: 45.658.

Esta sí se trata de una legítima decisión político criminal en la que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, resolvió restringir, proporcionalmente, el ejercicio del **derecho aspiracional a negociar**, pretendiendo que no todas las concesiones sean atribuidas a quien actuó antijurídicamente, sino que primero retribuya su ilícita adquisición, si lo que busca es una rebaja de pena como consecuencia de la transacción con la fiscalía.

Valga resaltar que la Corte Constitucional, luego de analizar la constitucionalidad del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, concluyó que el precepto legal era exequible por cuanto su teleología es evitar que quien acuda a la **justicia negociada** para resolver el conflicto social originado a partir del delito con el que incrementó su patrimonio injustificadamente, además de dicho beneficio antijurídico, obtenga rebajas punitivas considerables.

(...) la finalidad de la norma acusada es clara: evitar que mediante las figuras procesales de la **justicia negociada**, quienes hubiesen obtenido incrementos patrimoniales derivados de los delitos cometidos, logren generosos beneficios penales, sin que previamente hubiesen reintegrado, al menos,

la mitad de lo indebidamente apropiado, asegurando además el pago del remanente. (Corte Constitucional, C-059, 2010).

La medida no luce desproporcionada si se trata de una negociación entre la fiscalía y el procesado, pues una de las finalidades de los preacuerdos, contemplada en la Ley 906 de 2004 y que atiende a parámetros político criminales, es la de “**propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto**”, por lo que de entrada vale hacer las siguientes diferencias:

- Los preacuerdos son diferentes del allanamiento a cargos. Mientras los primeros son un programa de la Constitución, los segundos son una auténtica garantía constitucional del procesado (sobre esto volveremos más adelante).
- Siendo ello así, es válido que como programa de la Constitución, el legislador configure libremente su margen de aplicación, incentivándolo en mayor o menor proporción, según sus objetivos político criminales.
- No así respecto del allanamiento a cargos, que por ser una garantía no puede restringirse, ni mucho menos supeditarse su aplicación a la devolución de los dineros apropiados.

Por supuesto, el hecho de que no se demande el reintegro de lo apropiado a partir del ilícito en los eventos de allanamientos a cargos, no implica que el sujeto tenga derecho a conservar y/o disfrutar del fruto del delito, pues el resultado de esta operación será no sólo la terminación del proceso penal de

manera anticipada, sino, además, la pronta celebración del incidente de reparación integral que permita perseguir los perjuicios materiales e inmateriales.

Ahora, si bien la promulgación de las leyes no debe hacerse a partir de casos concretos, éstos deben servir de guía académica a efectos de advertir el funcionamiento de los institutos jurídicos y pensarlos a partir de la realidad. En tal sentido, analicemos el siguiente ejemplo:

Un ciudadano ostenta un cargo público en ejercicio del cual ejecuta unos hechos que se adecúan típicamente al delito de peculado por apropiación. Transcurridos diez (10) años, la fiscalía resuelve imputarlo por la posible apropiación de quinientos millones de pesos m/cte (\$ 500'000.000). En ese momento, el ciudadano tendría varias alternativas a saber, entre las cuales destacamos dos. La primera, sería permitir que el proceso penal en su contra avance e intentar demostrar la ausencia de responsabilidad en el desarrollo del juicio oral. La segunda, podría ser acudir a la terminación anticipada a través de un allanamiento a cargos.

Si se opta por la segunda alternativa, al tenor de la interpretación actual que domina en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el ciudadano, para poder allanarse a los cargos, debe reintegrar doscientos cincuenta millones de pesos m/cte (\$250'000.000) y garantizar el reintegro del cincuenta por ciento restante. ¿qué sucede entonces si el individuo no cuenta con ese dinero diez años después de la comisión del delito?, ¿debe entonces restringirse la posibilidad de que acepte los cargos?, ¿sólo importa al proceso penal la recuperación del dinero?, ¿no sería relevante conocer la

verdad de los hechos con la colaboración del ciudadano al momento de aceptar los cargos y con posterioridad perseguir sus bienes en el escenario que por definición busca la reparación integral de perjuicios?

Es importante advertir que el allanamiento a cargos es una garantía que tiene el ciudadano, que es irreductible, que no puede suprimirse del transcurrir de las audiencias por significar una vulneración al debido proceso, mucho menos depender de una determinada situación económica (sobre esto volveremos con posterioridad).

Lo cierto es que, el derecho penal no tiene como finalidad principal el recuperar el orden perturbado con la comisión de un delito, pues esto se logra a partir de la reparación integral de perjuicios (materiales e inmateriales), sino reprochar la comisión de un comportamiento antijurídico y culpable cuya comisión es inadmisibles en la vida en sociedad por poner en riesgo o atentar contra bienes jurídicos tutelados.

Finalmente, se pretende evidenciar con la postura aquí esbozada que debe retomarse la anterior tesis dominante de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues es claro que el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal está confeccionado para regir la justicia consensuada o negociada, es decir, los **preacuerdos**, no así los allanamientos, instituciones axiológicamente distintas.

En efecto, dígase que mientras en el allanamiento, entendido como la pura y simple aceptación de cargos, el acusado o imputado se somete voluntaria y unilateralmente a los cargos

tal como se los formula la fiscalía sin posibilidad alguna de negociar alguno de los aspectos citados en precedencia, en el acuerdo o negociación, en contraste, puede decirse que el imputado o acusado tiene un cierto margen para, en consenso con la fiscalía, configurar los cargos en su contra.

Así, bien puede decirse que en el allanamiento solamente el que se somete es quien cede, mientras que en el preacuerdo ambas partes lo hacen: el acusado o imputado porque renuncia a ejercer el derecho de defensa dentro de un juicio oral, público y contradictorio; y la fiscalía, por cuanto los términos de la acusación los fija, no de manera del todo autónoma sino en consenso con el sujeto pasivo de la acción penal.

De allí que resulte lógico que, a la hora de aprobar el preacuerdo, al imputado o acusado que tiene la facultad de tomar parte en la determinación de los cargos que habrá de aceptar se le someta a condicionamientos más rigurosos que a quien simplemente se allana: uno de ellos es, precisamente, la exigencia de reintegrar al menos la mitad de lo percibido en los casos de delitos que involucren un incremento patrimonial, o bien asegurar el recaudo del remanente, exigencia que no pesa sobre quien unilateralmente se acoge a los cargos tal como la fiscalía se los formula.

Lo anterior no significa que el reintegro del valor del incremento patrimonial obtenido por el agente carezca de relevancia en los

eventos en que aquél se ha allanado a los cargos, pues naturalmente podrá tenerse en cuenta a la hora de fijar el porcentaje de rebaja por razón de la aceptación de los formulados en la audiencia de imputación, en el entendido que la rebaja consagrada en la ley es *hasta* en la mitad (artículo 351 de la Ley 906 de 2004); así mismo, podrá constituir un criterio para individualizar la sanción dentro del cuarto punitivo correspondiente, o bien al disponer sobre el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena o el sustituto de la prisión domiciliaria, por cuanto en este último caso la reparación del daño es presupuesto para su concesión, según lo dispone el artículo 38, 3 del Código Penal (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal – 34.829, 2011).

Para recabar sobre esta discusión, es imprescindible abordar discusiones propias del capítulo subsiguiente, por lo que volveremos sobre el tema al final del presente ensayo. Por ahora, baste decirse que el allanamiento a cargos constituye una garantía cuya aplicación es de carácter absoluto e irreductible. En este sentido, no puede supeditarse su ejercicio en ninguna circunstancia, mucho menos por un argumento económico, pues sería entender que un derecho como la libertad es posible restringirse por dicha materia, lo que claramente va en contravía de nuestro Estado de derecho y la concepción misma de la persona como ser revestido de dignidad.

En cuanto al porcentaje de rebaja de pena, al tratarse de un derecho subjetivo, sí podría influir si el sujeto activo reintegró o no los dineros ilícitamente apropiados, si así lo estableciera la ley, para su tasación, siendo absolutamente claro que esto no constituye un argumento válido para suprimir la rebaja de pena, sino para menguarla si hubiese una justificación constitucionalmente admisible.

CAPÍTULO 3

LA REBAJA DE LA PENA EN EL ALLANAMIENTO A CARGOS Y LOS PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES: ¿DERECHO O BENEFICIO?

Las normas jurídicas con estructura de regla se componen, esencialmente, de dos elementos claramente delimitados entre sí. Uno de ellos es el **supuesto de hecho**, que pretende indicar en qué situaciones fácticas o procesales se aplicará la norma determinada, y, por otra parte, se encuentra la **consecuencia jurídica**, que es el efecto que produce la presencia material de aquel supuesto.

De allí que, de antaño, se refiera que su aplicación implica un método de subsunción, donde la premisa mayor es el mismo supuesto de hecho, la premisa menor es la situación fáctica o procesal concretamente analizada, y la consecuencia jurídica es la conclusión a la que se arriba con la materialización del supuesto.

Entre quienes acentúan esta consecuencia lógica de la subsunción como procedimiento de generación de normas, la aplicación mecánica de reglas generales al caso particular, está, por ejemplo, Karl Larenz. Este autor habla de un “esquema de aplicación de la ley”, un andamio lógico en el cual la consecuencia jurídica resulta de un “silogismo” compuesto de una premisa (la norma jurídica), el supuesto (los hechos del caso) y la conclusión. En principio, existe entonces una sola

solución correcta, una sola verdad jurídica, aunque sea difícil de encontrar (Vesting, 2018, p. 68).

Ahora bien, no todos los supuestos de hecho o jurídicos son de índole prohibitiva. Existen presupuestos normativos que tienen consecuencias organizacionales en el marco de un proceso, otras que conceden la titularidad de derechos y otras más que crean situaciones jurídicas concretas.

En este sentido, las consecuencias jurídicas a que dan lugar los múltiples tipos de preceptos fácticos o jurídicos tampoco guardan total similitud o igualdad en todos los eventos, pues se ha establecido que *“las consecuencias jurídicas se clasifican en los siguientes grupos: 1) las penas o medidas de seguridad y de carácter pedagógico en razón de acciones clasificados de ilícitos; 2) los derechos subjetivos; 3) ciertas situaciones o estados”* (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2011, p.7).

Para nuestros efectos, resulta interesante comprender la creación de **derechos subjetivos como consecuencia contenida en algunas normas jurídicas**, es decir, de *“facultades atribuidas a las personas, a fin de que satisfagan los intereses que se consideran razonables y que imponen a otra u otras personas el deber jurídico de respetarlos”* (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2011, p.7).

El profesor Pérez Luño ha definido los derechos subjetivos como la *“facultad de obrar reconocida a la voluntad de los particulares”* y, además, como las *“prerrogativas establecidas en conformidad a determinadas reglas y que dan*

lugar a otras tantas situaciones especiales y concretas en provecho de los particulares” (Pérez, 2010, pp. 33 y ss).

Esta categoría ha sido incluso aterrizada por el mencionado autor al plano de las relaciones jurídicas entre los individuos particularmente considerados y el Estado, sobre los cuales ha establecido:

Es cierto que para adaptar la figura de los derechos públicos subjetivos a las nuevas situaciones sociales, políticas y económicas se ha intentado completar la tipología elaborada por Georg Jellinek, añadiendo a los clásicos *status subjectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* y *status activae civitatis*, el *status positivus* sociales para englobar en él a los derechos sociales y el *status activus processualis* para garantizar la participación activa de los interesados en los procesos de formación de los actos públicos” (Pérez, 2010, pp. 33 y ss).

En suma, los derechos subjetivos son aquellas prerrogativas que se le reconocen a los individuos, en el marco del ejercicio de su libertad personal para que actúen de la forma que más les convenga, a efectos de satisfacer sus intereses, con una característica particular y es que los mismos pueden ser amparados o protegidos por los tribunales, es decir, no se constituyen en meras disposiciones programáticas, sino que son auténticos mandatos constitucionales.

Lo característico de los derechos subjetivos es la posibilidad de que su titular los haga efectivos ante los tribunales. Los derechos subjetivos se garantizan necesariamente mediante normas vinculantes; esto es así, porque los derechos sólo pueden hacerse efectivos ante los tribunales por parte de su titular (Borowski, 2003, p. 42).

Bajo tal óptica, dichos derechos subjetivos son consecuencia directa del ordenamiento jurídico y han de ser respetados por el Estado y los asociados, pues crean auténticas posiciones jurídicas que son *per se* exigibles.

Para los derechos fundamentales es eminentemente significativo el concepto de derecho a algo. Los derechos a algo o pretensiones son relaciones normativas entre tres elementos: el titular (*a*), el destinatario (*b*) y el objeto (*G*) del derecho. Si esta relación triádica se representa mediante el operador “*R*” relativo al derecho, entonces la forma más general de un enunciado sobre un derecho a algo puede expresarse de la siguiente forma: $RabG$ (Alexy, 2003, p. 19)

Ahora bien, se ha expuesto como a través de una teoría realista de los derechos es posible afirmar que la Constitución Política se torna cada vez más como un cuerpo menos estático que se va acomodando a las necesidades y requerimientos sociales que surgen continuamente en

nuestro conglomerado social. A partir de allí, se ha concretado cómo en el mismo origen del proceso penal acusatorio (Estados Unidos de Norte América) se ha endilgado la característica de **esencial** a dicha terminación anticipada, pues es lo que hace viable el funcionamiento del sistema judicial penal¹.

Nevertheless, on account of its efficiency, plea bargaining has won the endorsement of the Supreme Court as “an essential component of the administratios of justice” (Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 260, 1971). Chief Justice Burger explained ther that plea bargaining “is to be encouraged” because “if every criminal charge were subjected to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the numer of judges and court facilities” (Langbeing, 1979, p. 262).

La misma teoría realista de los derechos, aunada a los cambios políticos y organizacionales de las sociedades contemporáneas, han servido de insumo para que el derecho ya no se entienda como una compilación normativa tendiente a garantizar el orden social, sino como un conjunto de disposiciones que varían para abordar los continuamente emergentes conflictos sociales. No en vano plantea Bobbio (1990) que “*la función del*

¹ Cfr. **Suprema Corte de Estados Unidos de Norte América**. Caso: Santobello c. New York.

Derecho no es solamente la de mantener el orden constituido, sino también la de cambiarlo adaptándolo a los cambios sociales” (p. 256 – 264).

La **flexibilización de las normas penales** se ha establecido en aquellos Estados donde existe un proceso acusatorio (en el que impera la división de funciones entre acusación y juzgamiento) como un auténtico objetivo del proceso penal. Se pondera allí entre la legitimidad que ostenta la fiscalía para ejercer la acción penal, y aquellos escenarios en donde resulta admisible que el Estado -de alguna manera- renuncie a ejercerla, solucionando céleramente el conflicto social ocasionado por el delito.

Esta óptica puede encontrar relación con el pensamiento imperante a principios de la década de los sesenta en Estados Unidos de Norteamérica, como el *Law and Economics* o análisis económico del derecho, que estudiaba

una economía de los delitos y de las penas. Tras los pasos lejanos de pensadores del derecho penal como Beccaria y Bentham, a quienes consideraron sus precursores, pero siguiendo también las enseñanzas de economistas liberales contemporáneos (habitualmente identificados como neoliberales) como Frederick Hayek y Milton Friedman, esta corriente propuso analizar la conducta delictiva y el castigo con las herramientas de la Economía, como lo haría con cualquier otra conducta humana. También pretendió observar bajo esta misma mirada los costos y beneficios del sistema de justicia penal (Zysman, 2012, p. 274).

No es ajeno entonces el trasegar del proceso penal a los cambios sociales. De hecho, la continua tendencia *iushumanitaria* del derecho penal, con sus consecuencias reduccionistas que propenden por un derecho penal mínimo, son las que aspiran disminuir los traumatismos inherentes a su aplicación. De allí, que se legitime la búsqueda de la terminación anticipada del proceso a través del allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones, teniendo como objetivos **(i)** humanizar y racionalizar el uso del derecho penal; **(ii)** propender por una respuesta rápida de la administración de justicia; **(iii)** teniendo en cuenta las garantías de partes e intervinientes. Estas instituciones son especies que hacen parte de un mismo género: el derecho a terminar anticipadamente el proceso penal. Sin embargo, como se ha evidenciado en precedencia, ambos institutos ostentan naturaleza y filosofía diferentes, tanto en lo conceptual, lo operativo, como en sus consecuencias, por lo que nos encontramos definitivamente ante **dos supuestos jurídicos distintos, que dan lugar a diversas consecuencias jurídica.**

En el allanamiento a cargos, de índole unilateral, el escenario corresponde a aquel en el que un individuo procesado se somete al poder punitivo del Estado que le investiga, aceptando su responsabilidad por haber intervenido en unos determinados hechos como autor o partícipe y, ante tal situación, se le habilita a su favor una rebaja del quantum punitivo a imponer, previamente delimitada por el legislador, como consecuencia de que en el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad y autodeterminación ha

considerado que dicha situación satisface sus intereses, siendo exigible para el Estado respetar esta situación.

Es importante resaltar que en tratándose del allanamiento a cargos, no es dado que la Fiscalía General de la Nación, como oponente natural de la defensa, se resista, pretermita o de alguna manera impida que el procesado se allane a los cargos, siendo posible que no se le imparta legalidad, únicamente, cuando se trate de un vicio en el consentimiento o una alteración psíquica del individuo.

Es claro que, frente al allanamiento a cargos, el juez únicamente puede verificar que el mismo se lleve a cabo de manera libre, voluntaria e informada y que exista un mínimo de prueba que de cuenta de una inferencia razonable de autoría o participación, pues esto no puede arribar al castigo punitivo de individuos inocentes. No obstante, el juez no puede impedir que un procesado manifieste su aceptación unilateral y se acoja a la terminación anticipada del proceso, renunciando a una serie de derechos fundamentales que le asisten en el marco del proceso penal constitucional. Por otra parte, los preacuerdos son aquellos pactos de naturaleza consensual donde la Fiscalía General de la Nación, como representante del Estado y titular del ejercicio de la acción penal, llega a un acuerdo con el procesado sobre el *nomen iuris* que se enrostrará, una rebaja de pena concreta, entre otros. En este caso, la rebaja no opera de manera automática, sino que depende de lo que internamente pacten los extremos de la *litis* (fiscalía y defensa) y de la posterior aprobación de un juzgador en

donde éste avizore que no se está defraudando el ordenamiento jurídico de manera que atente contra la naturaleza misma de esta institución.

Las negociaciones facilitan que, de manera informal, la fiscalía y la defensa lleven a cabo una serie de conversaciones tendientes a acordar el grado de responsabilidad del procesado en cuanto al delito cometido, su nivel de intervención, incluso circunstancias de mayor y menor punibilidad que en el caso concreto pudieran no existir, teniendo así una incidencia directa en la pena que se impondrá al procesado, *quantum* que será acordado por las partes en virtud del negocio celebrado, bien sea porque es parte íntegra del acuerdo, o porque las circunstancias pactadas conllevan una rebaja inmediata en virtud de la ley, como, por ejemplo, acordar la complicidad.

De manera que, es claro que tanto el allanamiento a cargos como los preacuerdos y negociaciones, al ser parte estructural del derecho a terminar anticipadamente el proceso penal, lo que buscan es que el procesado renuncie a una serie de derechos constitucionales que conlleven a una conclusión anormal y acelerada del proceso. Ahora, pese a que confluyen en dicho elemento, también es evidente que se trata de dos escenarios procesales absolutamente diferentes, motivo por el cual es imprescindible arribar a la conclusión de que, sus consecuencias jurídicas deben ostentar distinta naturaleza, aunque aparentemente fuera igual.

Lo anterior, como expresión básica del principio constitucional de igualdad que torna imperativo que, cuando se esté frente a supuestos equivalentes, se imprima el mismo trato pero que, si se trata de eventos desiguales, se imponga un tratamiento diferenciado.

En tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico, aunque su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno o a algunos de ellos. Este deber ser específico, en su acepción de igualdad de trato, que es la relevante para el asunto sub examine, comporta dos mandatos: **(i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes** (Corte Constitucional, C-015, 2014).

De esta manera, partiendo del presupuesto que implica que los allanamientos a cargos operan en escenarios distintos a los preacuerdos, con procedimiento y filosofía diferente, es claro que se trata de un escenario donde se debe imprimir trato desigual a ambas instituciones por estar frente a supuestos de hecho diferentes.

Igual situación sucede con la rebaja del quantum punitivo a que hay lugar como consecuencia del allanamiento a los cargos y de la celebración de un preacuerdo. Pues, aunque aparentemente producen el mismo efecto, lo cierto es que, en aplicación de la primera institución, la rebaja de la pena opera de carácter automático, como consecuencia de lo que el legislador ha previsto para el desarrollo de las diferentes etapas, mientras que con los

preacuerdos la misma se deja al arbitrio de las partes y a merced de la aprobación del juzgador.

Lo anterior se hace más claro a través del siguiente ejemplo: Un ciudadano se enfrenta a una pena de 8 años como consecuencia de una sentencia condenatoria que lo encontró responsable a título de autor del delito de peculado por apropiación (Art. 397 C.P.) si este individuo se somete al poder punitivo del Estado en la audiencia de formulación de imputación y, como consecuencia de ello, se allana a los cargos, puede recibir una rebaja que no puede ser menor a 1/3 más un día, ni mayor al 50%, por tratarse de la audiencia de imputación, por lo que, en el mejor de los casos podría acceder a una pena de 4 años si el juzgador le reconoce la mayor rebaja de pena.

No así sucede con el preacuerdo, pues en el caso del mismo ciudadano, éste puede celebrar una negociación con la Fiscalía General de la Nación en donde se le reconozca el haber actuado en circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema (Art. 56 C.P.) que podría enfrentarse a una pena *“no mayor de la mitad del máximo, ni menor de la sexta parte del mínimo”*, siendo posible que tenga una condena no menor a 1.3 años.

Como se ha advertido con antelación, esta situación ha sido modulada por la Corte Constitucional y, subsiguientemente, por la Corte Suprema de Justicia. No obstante, dicha interpretación no obliga a que no se realicen esta clase de preacuerdos, sino que recuerda la carga probatoria -aunque mínima- que le asiste a las partes en materia de terminación anticipada cuando de negociación se trata.

En este sentido, las rebajas de pena a que se puede acceder como consecuencia de la celebración de un preacuerdo, en muchas oportunidades no se podrían alcanzar si el individuo se sujeta al allanamiento a cargos, pues el simple hecho que se llegue a una negociación sobre **circunstancias de marginalidad, ignorancia o pobreza extrema, ira e intenso dolor, tentativa, nivel de intervención o excluir circunstancias de agravación punitiva**, de entrada hace variar de una manera trascendental el corredor punitivo sobre el que el juzgador podría moverse para imponer una condena. En resumidas cuentas, la fluctuante sociedad, hábita de innovación y de nuevas regulaciones dentro de las cuales se desenvuelvan las novísimas circunstancias que surgen diariamente, derivaron en que **en el proceso penal** se desarrollara un **derecho a terminarlo anticipadamente a través de múltiples vías, siendo aquí relevantes los allanamiento a cargos y preacuerdos**.

Por una parte, el allanamiento a cargos se encuentra contemplado por la legislación procesal penal como un mecanismo de terminación anticipada que puede llevarse a cabo **en tres oportunidades diferentes**: la formulación de imputación, la audiencia preparatoria y antes del inicio del juicio oral, contemplando para cada uno una rebaja determinada, atendiendo el principio de progresividad *ut supra* referido.

Lo primero que debe señalarse es que, **el allanamiento a los cargos es una garantía contemplada en la legislación procesal penal** que busca materializar el fin esencial del Estado que permite que los individuos participen en las decisiones que los afectan, así como la concreción de

derechos fundamentales como la autodeterminación de la persona y maximizar el espectro de libertad personal. De esta manera, es irreductible la posibilidad del allanamiento a cargos, pues ni el juzgador ni el persecutor tienen potestad alguna para oponerse a dicha oportunidad, ni siquiera en aquellos eventos en que, como hemos hecho ver, el legislador ha limitado o restringido la consecuente rebaja de pena. Hacerlo de manera contraria implicaría desde cualquier óptica una vulneración al debido proceso.

Ahora bien, la característica de que se establezca cuándo, cómo y por qué se puede el procesado allanar a los cargos, hace que sobre éste sea predicable su estructura de regla, es decir, el allanamiento a los cargos como lo conocemos es una norma jurídica que contiene un supuesto jurídico (aceptar los cargos endilgados por la fiscalía en el marco de un proceso penal) y una consecuencia jurídica (la rebaja del quantum punitivo a imponer).

Es precisamente esa rebaja de pena, que se contempla como consecuencia del allanamiento a cargos, la que **se constituye como un derecho subjetivo del procesado**, pues, independientemente de que el legislador haya establecido unos corredores punitivos entre los cuales puede surtirse la disminución punitiva, lo cierto es que surge de allí una obligación para el Estado que es de naturaleza clara, expresa y exigible ya que, se predica en el código de procedimiento penal (expresa) **una disminución de pena entre unos límites temporales previamente delimitados** (clara) **que se causa**

en los eventos en que el reo acepte su intervención tal y como la relata la Fiscalía General de la Nación (exigible).

Lo anterior implica que **la rebaja de pena, que se contempla como consecuencia del allanamiento a cargos, es exigible a través de la vía jurisdiccional**, pues es posible que el ciudadano acuda ante un juez constitucional a predicar una vulneración al debido proceso (en tanto desconocimiento al principio de legalidad y del juzgamiento atendiendo a las formas propias de cada juicio) si es que el juzgador no tiene en cuenta los límites punitivos o si no le brinda rebaja alguna.

En el lenguaje constitucional de la teoría planteada por Robert Alexy, la rebaja de pena a que hay lugar como consecuencia del allanamiento a cargos es susceptible de ser representada a través de la fórmula **RabG**, en donde **a** es el ciudadano procesado, **b** es el Estado y **G** la libertad personal y autodeterminación como objeto del derecho anteriormente mencionado.

Por otra parte, el mismo derecho a terminar anticipadamente el proceso penal contempla como una de sus alternativas de ejecución la de los preacuerdos y negociaciones.

Sobre esta alternativa, valga señalar que también se constituye como una **norma jurídica con estructura de regla**, pues se establece en la legislación procesal penal entre quiénes se puede realizar, a partir de qué oportunidad procesal y prevé cuál es su consecuencia jurídica, esto es, la rebaja del quantum punitivo a imponer.

No obstante, es imperativo resaltar que la rebaja de pena que se establece para el escenario de los preacuerdos y negociaciones no tiene la misma

naturaleza jurídica que la que surge luego del allanamiento a cargos, pues ésta es absolutamente indeterminada, ya que depende de la voluntad de las partes o la naturaleza de la negociación (que se materializa en la suscripción del acta de preacuerdo) y, adicionalmente, de los posteriores discernimientos que el juzgador realice para aceptar el acuerdo entre las partes o, por el contrario, improbarlo por una clara vulneración de garantías fundamentales.

Así las cosas, es necesario llamar la atención respecto de que si bien la rebaja de la pena es una consecuencia que surge de la celebración de un preacuerdo entre la fiscalía y la defensa, lo cierto es que la misma no se encuentra preestablecida por la legislación y sí, más bien, depende de lo que en el desarrollo de la voluntad establezcan las partes.

Aunado a lo anterior, es claro que todos los procesados cuentan con la posibilidad de acudir ante el persecutor para proponer que se lleve a cabo una negociación. Es más, la legislación procesal doméstica establece como principio rector y garantía procesal el que *“no se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo”*, si es que la transacción fracasa, lo que necesariamente conlleva a decir que los indiciados, imputados o acusados pueden buscar un acercamiento con la Fiscalía General de la Nación sin que ello obligatoriamente implique que se va a llegar a un consenso o que el persecutor se encuentra compelido jurídicamente a acceder a lo propuesto.

De allí que sea importante resaltar que de la institución de los preacuerdos que se materializa en el ordenamiento jurídico a través de una norma con

estructura de regla, **la consecuencia jurídica es la aparición de un derecho de índole aspiracional**², por cuanto la rebaja de pena a que **puede** haber lugar como consecuencia de un acuerdo entre acusador y acusado, depende de que el titular de la acción penal y, posteriormente el juez de conocimiento, avizore el cumplimiento de las finalidades establecidas en el artículo 348 de la Ley 906 de 2004, de que se cumplan sus requisitos de procedencia en el marco de las modalidades creadas y que no se vulneren garantías fundamentales.

Así que no se trata de una institución que automáticamente genera una rebaja de pena, pues aunque es su consecuencia natural, que la misma se cumpla se ve sometida a muchos otros requisitos.

De manera que, *prima facie*, no es jurídicamente viable que un procesado acuda ante un juez constitucional deprecando el amparo del derecho fundamental al debido proceso, mientras alega que la Fiscalía General de la Nación no ha accedido a la negociación planteada por la defensa, pues lo cierto es que no basta con la mera expectativa que le asista al imputado, para que automáticamente deba materializarse. Es más, en la práctica, incluso puede depender de la voluntad ‘política’ que le asista al ente acusador y la conveniencia institucional que observe sobre el mismo.

¿Qué quiere decir que la rebaja de pena a que puede haber lugar como consecuencia de un preacuerdo se constituya como un derecho aspiracional?

² Sobre el modelo constitucional aspiracional y aspiracional judicial cfr. García Villegas, Mauricio. *Constitucionalismo aspiracional*.

Bien es sabido que, incluso la Constitución Política contempla un conjunto de derechos subjetivos que pueden ser exigibles a través de mecanismos jurisdiccionales como la acción de tutela. Sin embargo, no es la única clase de prerrogativas que trae consigo, pues existen otros cánones que plasman en su cuerpo normativo cuál es la voluntad del constituyente y delinean un programa como objetivo a alcanzar.

Así las cosas, la rebaja de pena que se relaciona en el título II del libro III “*preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado*”, cuando del acuerdo **bilateral** entre acusador y acusado se trata, debe considerarse como un **derecho con contenido programático o un derecho aspiracional** bajo el entendido de que es una directriz que debería seguirse en la fiscalía para concretar la finalidad del derecho a terminar anticipadamente el proceso penal.

Aunado a lo anterior, se entiende que cuando se está frente a un derecho aspiracional o programático debe propenderse por maximizar su margen de ejecución, ya que se constituye como un lineamiento por el cual propende el constituyente y el legislador, pero que, de ninguna manera, se torna exigible en una sede jurisdiccional como puede predicarse de los derechos fundamentales, pues su aplicación pende de otras circunstancias jurídicas como las aquí prenotadas.

En palabras del profesor Roberto Gargarella (2014), esta clase de derechos se constituyen como cláusulas dormidas que en determinadas condiciones se pueden despertar.

Con lo anterior se pretende denotar que, si bien a partir del establecimiento de una norma con estructura de regla como los preacuerdos, se crea como consecuencia jurídica la rebaja del quantum punitivo a imponer, su aplicación está supeditada al cumplimiento de otros tantos ‘requisitos’ -si se quiere- para que tenga viabilidad su materialización.

En suma, a propósito de las modernas tendencias de las sociedades, los altos índices de criminalidad, la alta percepción de delincuencia, la disminución en la sensación de seguridad ciudadana y los pocos medios que tiene el Estado para alcanzar un desarrollo eficiente como titular del poder punitivo, han derivado en la necesidad de que en la ‘dogmática procesal penal-constitucional’ de este tiempo se tenga la terminación anticipada del proceso penal, *in genere*, como un derecho, atendiendo las diferencias existentes entre sus diversas formas de ser aplicada.

Estas diferencias han sido ignoradas por el legislador colombiano, la Corte Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya que, por un posible descuido en asuntos lingüísticos que deriva en la incomprensión del origen y finalidad de los institutos, así como también interpretaciones más políticas que jurídicas, se ha terminado en que se estimen como iguales dos supuestos jurídicos diferentes (allanamientos y preacuerdos), repercutiendo así en las consideraciones que sobre las consecuencias jurídicas se tienen.

El efecto jurídico de esta interpretación conlleva a que se recorte el margen de aplicación de los derechos fundamentales, pues resulta, por ejemplo, impidiéndose la autodeterminación del individuo procesado a allanarse a

cargos si no reintegra el 50% de lo ilícitamente apropiado y garantiza el del 50% restante, o también en el hecho de que se impida la rebaja de pena entendida como derecho subjetivo del procesado y clara manifestación de la ampliación del espectro del derecho de libertad. Lo anterior, aunado a que se restringe el ejercicio del debido proceso, pues se impide la materialización del artículo 130 de la Ley 906 de 2004 y, en consecuencia, el ser juzgado conforme a las formas propias de cada juicio.

Ahora, en principio, estos derechos de creación legal, son de libre configuración por parte del legislador, por lo que, si bien hay unos parámetros mínimos que se deben respetar al momento de su creación, lo cierto es que se pueden elegir sus condiciones a gusto, tales como el quantum de la rebaja de la pena, el momento procesal en que se puede llevar a cabo, el proceder que se debe imprimir a los diferentes mecanismos, entre otras.

Es claro que la libertad de configuración del legislador encuentra su principal asidero en que se acoja una forma de Estado como lo es el de democrático de derecho, que está guiado principalmente por la soberanía popular. Quiere decir lo anterior que el legislador es quien, en clara expresión de la voluntad del pueblo, promulga las leyes que buscan satisfacer ese interés general.

Sin embargo, también debe recordarse que un Estado constitucional encuentra como principio transversal el de los pesos y contrapesos (*check and balance*), pues resultaría antinatural y contradictorio que en su interior existiera un poder carente de límites.

Es así como, pese a la prevalencia del interés general y la soberanía popular, la libertad de configuración del legislador ostenta unos límites claros al momento de promulgar la legislación. Ahora, es claro que si esto es un mandato general, debe predicarse mayor cabida cuando se trata de asuntos punitivos, pues en este escenario los límites son más claros y estrictos.

En principio, el Legislador ha de propender porque sus leyes satisfagan y desarrollen los valores y principios constitucionales. **Sin embargo, se pretende resaltar que como las leyes obedecen a una naturaleza y filosofía determinada, el legislador debe atender los criterios de proporcionalidad y razonabilidad en tanto la teleología de las normas, sin que su creación normativa signifique una tergiversación de las instituciones que regula:**

La libre configuración legislativa como prerrogativa esencial al constitucionalismo democrático, no está concebida empero como apareció en un principio, bajo la fórmula del Estado de derecho y de la soberanía nacional, para un legibus solutus. Porque el legislador bajo el Estado constitucional, aún con el poder que le es reconocido y que el juez constitucional está llamado a preservar, se encuentra sometido al cumplimiento de los valores y principios constitucionales de la organización político institucional, tales como la dignidad humana, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la justicia, la igualdad y el orden justo. De igual modo, debe asegurar

la protección ponderada de todos los bienes jurídicos implicados que se ordenan, cumpliendo con los principios de proporcionalidad y razonabilidad frente al fin para el cual fueron concebidas, con el objeto de asegurar precisamente la primacía del derecho sustancial (Corte Constitucional, C-203, 2011).

Ahora bien, el punto de partida indica que la libertad de configuración que le asiste al legislador no ostenta el carácter de absoluto. Sin embargo, también es importante destacar que en su práctica de creación normativa, es menester que atienda a criterios de proporcionalidad y razonabilidad, es decir, la función legislativa debe intervenir lo menos posible los derechos fundamentales y, cuando resuelva hacerlo, debe tener en cuenta criterios como la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido; asuntos que serán desarrollados en el capítulo siguiente.

Así las cosas, que el legislador deba atender a criterios de proporcionalidad también implica que, si bien en un juicio *ex ante*, en abstracto, pudiera determinarse la colisión de derechos, lo cierto es que la ley no debe propender por la supresión de uno u otro, sino buscar el mayor margen de acción para ambos, pues, aunque la interpretación conlleve que uno de los dos tenga mayor alcance en un caso concreto, lo cierto es que nunca se podrá derivar en la prevalencia absoluta entre uno u otro.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS DE LA TEMÁTICA PROPUESTA DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO PENAL CONSTITUCIONAL

LA TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL *IUS PUNIENDI*

La relación intrínseca e inescindible entre el derecho constitucional y el derecho penal en nuestra época, es fruto de grandes evoluciones en la dogmática jurídico penal a la luz de los modelos de Estado, y el apogeo de corrientes teóricas como el neoconstitucionalismo, en este sentido debemos afirmar que la Constitución Política es de suma importancia como punto de referencia para el análisis crítico del sistema penal, no solamente porque de ella se derivan los bienes jurídicos tutelados con los tipos penales, sino también porque los postulados rectores que erigen el Código Penal, son un desarrollo claro del texto constitucional y de la jurisprudencia que la Corte Constitucional ha venido consolidando con sus pronunciamientos.

Algunos criterios deben ser tenidos en cuenta al momento de determinar si un orden jurídico se encuentra constitucionalizado, a saber: (i) tener una constitución rígida; (ii) contar con la garantía jurisdiccional de la constitución; (iii) dotarla de fuerza vinculante; (iv) realizar una sobreinterpretación de la misma y la interpretación conforme a ella de las leyes. La Constitución Política de 1991 expresamente ha constitucionalizado todo el derecho colombiano, por vía de su artículo cuarto, al establecerse como norma de normas, lo cual tiene incidencia directa en la forma como se estructura el ordenamiento jurídico, no solamente desde el punto de vista

formal, sino también por el contenido axiológico demarcado por un extenso y completo catálogo de principios fundamentales que deben orientar el contenido de las decisiones tomadas por el legislador y los jueces. Lo que permite concluir que no existe un área del derecho inmune al derecho constitucional.

Al adoptar en la Constitución Política el modelo de Estado Social de Derecho, obliga que todos los entes estatales, que tengan participación en el derecho penal, deben asumir un papel garantista del “*ius puniendi*”, de forma tal que protejan los derechos constitucionales de los asociados y delimiten el ejercicio de la acción penal, logrando así que el infractor de la norma sea juzgado conforme al delito que se le imputa y además, se le imponga una sanción justa y proporcional a la conducta punible que ha cometido con culpabilidad.

En el Estado Social de Derecho, entonces, confluyen tres modelos de estado delimitados en uno solo, ellos son: el Estado Liberal, el Estado Democrático y el Estado Social, lo que implica conjurar los principios de un modelo económico capitalista, con las garantías fundamentales de las que gozan los individuos. Lo anterior, íntimamente enlazado con el concepto de **dignidad humana** como eje orientador de las actuaciones de la administración y límite al ejercicio del derecho punitivo, toda vez que el Estado debe respetar y garantizar la esfera interna de los individuos, y evitar a toda costa su cosificación.

Adicionalmente, la incorporación de los derechos fundamentales conlleva que el derecho penal no debe soportarse únicamente en el principio de

legalidad, pues así como históricamente sirvió para limitar la tiranía y la arbitrariedad, también éstas se encuentran contempladas a efectos de dotarlas de materialidad y permitir que la Constitución tenga aplicación en campos que permea pero no regula específicamente.

Así mismo, la cláusula del Estado Social de Derecho implica el reconocimiento de prerrogativas de diferente índole, es por ello que hablamos de derechos fundamentales, derechos económicos, sociales y culturales y derechos colectivos, de los cuales se determinan procedimientos específicos para su efectivización, lo que hace comprender que la Constitución es un instrumento material para que las personas naturales y jurídicas puedan alegar sus derechos frente a una posible agresión de un tercero o del mismo Estado, sin necesidad de acudir a una ley que los consagre. Basta invocar únicamente el mismo texto constitucional para que se le salvaguarden los derechos que tiene como ciudadano.

Esta interrelación existente entre las ramas de la ciencia jurídica y la Constitución, se pone de manifiesto en la dogmática jurídico penal, en la medida que, como lo ha expresado el Máximo Guardián de la Constitución:

Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados - particularmente en el campo de los derechos fundamentales - que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la

vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas (Corte Constitucional, C-038, 1995).

Así, en la actualidad el derecho penal se encuentra perfectamente constitucionalizado, en la medida que los principios constitucionales referidos a los derechos fundamentales y los relativos al ejercicio del *ius puniendi*, se constituyen en criterios para la interpretación y aplicación de las normas penales, pero, con mayor relevancia, se convierten en un parámetro de evaluación crítica frente a la actividad del legislador en la medida que éste, a la hora de crear las leyes en materia penal, debe actuar con suma precaución para no limitar o suprimir la protección de algún bien jurídico de los que gozan los ciudadanos o alguna de las garantías fundamentales de las que disponen los penados al momento del ejercicio del poder punitivo; v.gr., la garantía del principio de legalidad, el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción, la prohibición de doble incriminación, el habeas corpus, el *in dubio pro reo* o presunción de

inocencia, el juez natural, entre otros, puesto que el derecho penal es el máximo protector de derechos constitucionales, pero a su vez, en su ejercicio existe un gran potencial de violación de los mismos.

De manera que, como se ha prenotado, la libre configuración legislativa en materia penal se encuentra bastante limitada por las garantías constitucionales de los individuos en el momento en que transgreden la norma penal y los derechos fundamentales de las personas, puesto que el legislador, si bien es cierto, ostenta la facultad de crear tipos penales, éstos solo deben originarse cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal como última razón, para defender el interés jurídico de la sociedad ante un eventual menoscabo de sus prerrogativas y garantizar así el goce natural en función social de los derechos de las personas.

Por otra parte, al ostentar la potestad para diseñar el procedimiento a través del cual se imponen las penas, el legislador también debe atender a parámetros estrictos que permitan delimitar estrictamente las posibilidades y los conceptos para no incurrir en yerros interpretativos, haciendo prevalecer criterios como la proporcionalidad y la razonabilidad.

En consecuencia, al incorporar normas de rango constitucional al derecho penal se dota de contenido axiológico y humanístico la creación de tipos penales, la investigación y el procedimiento penal, así como la imposición de las penas.

Por todo lo planteado con anterioridad, podemos afirmar que la protección constitucional en el derecho penal se analiza desde las dos caras de la moneda, por un lado se estudian los derechos fundamentales de las

personas, los cuales van a nutrir de contenido los tipos penales, puesto que son los bienes jurídicos más valiosos de la sociedad y merecen una tutela punitiva, ejemplo de ello son: la vida, la integridad personal, la libertad e integridad sexual, el libre desarrollo de la personalidad, el buen nombre, entre otros.

Por otro lado, se estudian las garantías constitucionales de las que son dotados los procesados penalmente por la comisión de un delito para ser protegidos frente al poder de persecución penal, las cuales se expusieron con anterioridad.

En conclusión, el trabajo del legislativo es demasiado complejo cuando se trata de expedir medidas en materia penal, pero lo es más, el trabajo de la Corte Constitucional al verificar mediante el control de constitucionalidad que la *mens legis* no esté afectando los derechos y las garantías de los ciudadanos. Sin embargo, aunque esta figura judicial ha sido bastante cuestionada por carecer de legitimación democrática, con todo, nuestra cultura jurídica no parece dispuesta a otorgar el control de constitucionalidad de las leyes a otro órgano diferente al judicial, es por ello que los esfuerzos del constitucionalismo actual están enfocados a imponer límites a la competencia de revisión de las leyes por parte del Tribunal Constitucional y proponer teorías que permitan el ejercicio racional de estas facultades en un intento de limitar su discrecionalidad.

En este contexto surge la teoría del **test de proporcionalidad**, como una herramienta argumentativa que utiliza la Corte Constitucional para verificar la constitucionalidad de las leyes que expide el legislador sin entrometerse

en sus competencias, en otras palabras, permite conciliar el respeto a la cláusula general de competencia legislativa con un control material de sus decisiones, que procure la máxima efectividad de los derechos fundamentales.

Por lo anterior, es claro que lo que busca un test de proporcionalidad es evaluar si, en ejercicio de la libre configuración legislativa, el órgano competente para expedir normas ha tenido en cuenta el parámetro constitucional fundamental de la proporcionalidad.

De manera que, la *ratio essendi* del test de proporcionalidad, no es otra que la realización de un juicio comparativo entre la Constitución y la ley, “*que, en caso de ser detectada una incompatibilidad entre ellas, se resuelve mediante el criterio jerárquico de resolución de antinomias* (Alexy et al., 2008, pp. 270 – 271).

Pero, en la mayoría de los casos esta imagen tan simple no se corresponde con el razonamiento más complejo que debe efectuar el Tribunal Constitucional cuando revisa la correspondencia entre la ley y la Constitución. Mayor complejidad que obedece al menos a dos razones: en primer lugar, a la indeterminación de los contenidos materiales de la Constitución, la cual dificulta establecer aquello que la Constitución ordena, prohíbe o permite a la luz del supuesto a decidir, como ocurre por ejemplo con la disposición que consagra el derecho a la vida (art. 15 C.E.), de la cual no se deduce, por sí misma, si tal derecho comprende sólo una dimensión positiva (derecho a conservar la propia vida) o también una dimensión negativa que ampare el derecho a decidir la propia muerte y establezca el

correlativo deber estatal de no imponer alimentación forzada a reclusos en huelga de hambre.

Debido a esta indeterminación, en buena parte de los supuestos que debe decidir el tribunal, en palabras de Moreso (1997) “*la Constitución habla con voz incierta*” (p. 87).

En segundo lugar, la complejidad del razonamiento que involucra el juicio de constitucionalidad de las leyes obedece al hecho de que la propia Constitución suministra orientaciones normativas incompatibles entre sí, pues contiene preceptos susceptibles de entrar en colisión ya sea en abstracto o con ocasión de un caso concreto, como ocurre en los típicos casos de conflicto entre libertad de expresión (art. 20.1.a C.E.) y derecho al honor (art. 18.1 C.E.) o entre igualdad formal e igualdad sustancial (arts. 14 y 9.2 C.E.). En estos casos la dificultad reside en que “*la constitución habla con muchas voces*” (Alexy et al., 2008, pp. 270 – 271).

El test de proporcionalidad, sirve también para ponderar principios constitucionales, estos se caracterizan por tener el máximo rango de jerarquía dentro de la escala normativa, en tanto que conforman la estructura jurídica básica de la sociedad, adicionalmente, están formulados con el mayor grado de indeterminación, lo cual exige que en los casos en donde un derecho fundamental se vea involucrado, sea satisfecho en la mayor medida posible, dependiendo de los elementos *de facto* y de los demás derechos con los que pueda entrar en colisión, puesto que debemos partir de la base que éstos no son absolutos, es decir, deben convivir en el ordenamiento jurídico, por ende los particulares no se pueden escudar en

el ejercicio de un derecho constitucional para limitar los derechos de los coasociados, entonces mediante la utilización del test de igualdad se debe buscar la convivencia armónica de los principios.

Si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos. Es el tema del conflicto de valores, que queríamos resolver dando la victoria a todos, aun cuando no ignoremos su tendencial inconciliabilidad. En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un solo valor y de un solo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente (Zagrebel'sky, 2011, p. 16).

Existen diferentes corrientes teóricas de derecho comparado acerca del test de proporcionalidad que permiten realizar el análisis de constitucionalidad de las leyes. El primero de ellos fue el test de *proporcionalidad europeo*³, en este examen el juzgador debía analizar:

a- la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; b- la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio

³ El precedente remoto de este método nos lleva a la Corte Europea de Derechos Humanos, quien en 1963 sentenció que se viola el derecho a la igualdad “cuando se establece claramente que no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”

que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios); y c- la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes (Galeano, 2011, p.8).

Otra modalidad del test de proporcionalidad será el establecido por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *test estadounidense*, en el cual estableció un examen basado en niveles de intensidad, suave, intermedio y estricto, que se utilizan según las directrices que se pretendan enjuiciar conforme la Constitución.

El Tribunal Constitucional colombiano optó por la utilización de un *test mixto o híbrido*, desde la sentencia C-093/01 la Corte Constitucional anunciaba la necesidad de conjurar los test existentes hasta el momento, para extraer lo más importante de ambos, pues se evidenciaba que no eran contradictorios sino complementarios.

De esta manera, se creó un análisis multinivel basado en una graduación de intensidad, pero además agrega un nuevo subprincipio de los contemplados en el *test europeo*, conocido como la necesidad, mediante el cual se estudiará más a fondo la instrumentalidad.

Los niveles de intensidad del test mixto son los mismos del test estadounidense, los cuales se utilizan para analizar diferentes materias, de la siguiente manera:

- **Test leve:** las materias objeto de análisis de este test son: económicas, tributarias, de política internacional, cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos, cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión, en este caso, la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante (atendiendo a la presunción de constitucionalidad de las leyes).
- **Test intermedio:** se analizarán medidas que involucren temas como: derechos económicos, sociales y culturales o cuando se afecten derechos colectivos, o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia, Al igual que en el nivel anterior, la carga de la argumentación y de la prueba sobre la inconstitucionalidad de la medida recae sobre el demandante.
- **Test fuerte o estricto:** mediante este nivel se analizan los temas más conflictivos, tales como la violación de todos los derechos fundamentales, la violación de derechos sociales fundamentales, la violación de la cláusula de igualdad de la Constitución, cuando se examina una medida que crea un privilegio, a diferencia de los niveles anteriores, en esta categoría la carga de la prueba se invierte, por lo tanto al autor de la

medida le corresponde probar que la creó conforme a los postulados constitucionales.

En este punto debemos centrar el análisis de discusión sobre ¿qué nivel de intensidad se debe utilizar en la aplicación del test de proporcionalidad en materia penal?

Esta discusión en la doctrina internacional no ha sido pacífica puesto que existen posturas que plantean la utilización de diferentes niveles para analizar la facultad del legislador para establecer tipos penal y dosificar la pena, ejemplo de ello sería la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, al establecer que el juicio de constitucionalidad en el ámbito de la ley penal “debe situarse en el umbral más bajo de exigencia. Para ello se argumenta que en un sistema democrático corresponde en exclusiva al Legislador decidir el rumbo de la política criminal sin que nadie pueda sustituirle en dicha labor.

Asimismo, se advierte que, debido a la falta de conocimientos seguros sobre la capacidad preventiva del derecho penal o la existencia de medios alternativos menos lesivos e igualmente efectivos, así como al carácter eminentemente valorativo y convencional de las decisiones relativas a la calificación de una conducta como delito y la determinación de su correspondiente pena, una configuración más exigente de los subprincipios de la proporcionalidad conduciría a despojar al legislador de la última palabra en tales cuestiones para conferirla a un órgano carente de legitimidad democrática directa. En consecuencia, sostiene el tribunal, la aplicación del principio de proporcionalidad al control de las leyes penales

sólo debe llevar a excluir aquellas intervenciones legislativas manifiestamente inidóneas, abiertamente innecesarias o groseramente desproporcionadas” (Alexy et al., 2008, pp. 299).

Pese a tener un gran respaldo jurídico dichas consideraciones, se difiere de su aplicación en la medida que el derecho penal se debe cimentar en normas que brinden un alto grado de seguridad jurídica a los ciudadanos, máxime cuando los derechos y garantías que se contrarían con la norma penal son de carácter fundamental, puesto que no se debe olvidar que el derecho penal es el mecanismo más severo de control social del que dispone el Estado para preservar el orden constitucional, más aún cuando en algunos casos las conductas delictivas trascienden esferas privadas de los individuos, como son su hogar o muchas veces su libertad de expresión.

Por tanto, si utilizamos la protección del nivel *leve* del test de proporcionalidad, dotaríamos de un excesivo margen de configuración al legislador, lo que resultaría peligroso, en la medida que la *praxis* nos indica que la técnica legislativa es demasiado incipiente, en ella, además, priman los intereses políticos particulares de quienes ostentan el poder y los abundantes ánimos populistas derivan en ligeras regulaciones carentes de sentido jurídico, filosófico, penológico y sociológico. Situación que nos conduce a un insostenible populismo punitivo, demasiado reprochable para el poder sancionatorio.

Es así como, en criterio de quien escribe, el nivel del test de proporcionalidad más garante de los principios y valores constitucionales sería el *fuerte o estricto*, en la medida que los derechos y garantías de las personas no

pueden dejarse desprovistos de un control minucioso sobre la actividad del legislador, exigiendo el máximo respeto a estas prerrogativas constitucionales.

No obstante, el control de constitucionalidad estricto no debe supeditar la decisión de constitucionalidad sobre la exigencia al legislador de crear medidas plenamente seguras en el derecho penal, puesto que *prima facie* resultaría ilógico, por la misma naturaleza del hombre y por la incertidumbre que genera la creación de un tipo penal o la modificación de algún estanco procesal, pues ello desencadenaría en habilitar al máximo juez constitucional con un amplio margen de discrecionalidad para modular o invalidar todas las decisiones que tome el legislativo en materia penal.

Por el contrario, el análisis constitucional se debe centrar en la atribución al creador de la medida, la carga de demostrar la constitucionalidad de la norma creada y la posibilidad de defenderla a través de la argumentación y elementos de prueba, esbozando de esta manera los argumentos de conveniencia que dieron lugar a la creación de la norma jurídica.

Ahora bien, el nivel de control estricto le exige al legislador fundamentar los argumentos a favor de la constitucionalidad de la ley penal en premisas objetivas respaldadas en el conocimiento científico disponible y no sólo en creencias sociales que la comunidad acepta en gran medida.

Además, tal y como lo expresa Lopera Mesa (2008) el juicio de constitucionalidad no tiene una naturaleza subjetiva sino objetiva, en el sentido de que no tiene por objeto enjuiciar al autor de la norma sino a la norma misma, y por lo mismo una eventual declaratoria de

inconstitucionalidad y nulidad de una ley no tiene el sentido de un reproche que se formula al legislador sino más bien el de un mecanismo de depuración normativa orientado a garantizar la supremacía de la constitución sobre el resto del ordenamiento.

En consecuencia, dado que la inconstitucionalidad no representa una sanción que se impone al legislador por haber errado en su pronóstico no tiene sentido limitarse a considerar sólo aquello que éste pudo conocer y prever, sino que es preciso tener en cuenta todo aquello que permita establecer si la norma conserva su legitimidad constitucional al momento de ser enjuiciada.

Ello autoriza concluir que, es clara la importancia que reviste el test de proporcionalidad en materia penal por la imperiosa necesidad que se tiene de proteger los derechos y garantías que el texto constitucional les otorga a los ciudadanos, lo cual prueba que se puede conciliar el ejercicio del poder legislativo con la garantía de protección de la Constitución en cabeza de los jueces.

LA ESTRUCTURA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE TEXTURA ESTRUCTA

Como se ha establecido, mientras las normas con estructura de regla o *estructura condicional hipotética* (Bernal, 2005, p. 95) tienen como mecanismo de aplicación el de la subsunción, en donde se analiza un supuesto jurídico, un hecho concreto y se aplica la consecuencia prevista por el enunciado normativo en caso de cumplirse los parámetros

preestablecidos; los principios, como mandatos de optimización que tienen mayor o menor aplicación en un asunto concreto, tienen como método para su realización el de la ponderación.

La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso. (Bernal, 2005, p. 97).

Debe tenerse en cuenta que la proporcionalidad ha sido reconocida en nuestro país, por la H. Corte Constitucional como “*una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política*” (Corte Constitucional, C-916, 2002) y la función que se atribuye a tan importante mecanismo es el de **corrección funcional de la actividad del Estado y de los particulares**. En este sentido, con la proporcionalidad se pretende **prohibir el exceso y el defecto** por parte de la legislación, de las decisiones jurisdiccionales y del actuar de los asociados.

El principio de proporcionalidad es el principal criterio de análisis que en el marco de la justicia constitucional permite examinar y neutralizar el exceso en el uso de la potestad de configuración del legislador penal y, por lo que aquí interesa, en el ámbito de las medidas cautelares dirigidas

a afectar la libertad personal del imputado (Corte Constitucional, C-469, 2016).

De allí que el principio de proporcionalidad ostente una especial relevancia en materia de derecho penal, tanto sustantivo como procesal, pues es el escenario donde por naturaleza se limitan derechos fundamentales. En tal virtud, la proporcionalidad es el mecanismo vigilante y límite de la libre configuración del legislador que, si bien tiene un amplio margen de maniobra para contemplar los comportamientos que considere antijurídicos y para elaborar modelos de procesamiento acordes al modelo de Estado, lo cierto es que tiene unos mínimos infranqueables si de lo que se trata es desarrollar un poder punitivo propio de un Estado de Derecho.

Ahora, pese a que múltiples sean los límites que experimenta el legislador en desarrollo de sus funciones, lo cierto es que una de las más relevantes, incluso para el asunto que aquí se trata, es la limitación al derecho fundamental a la libertad, pues lo cierto es que esto no puede llevarse a cabo **sin una justificación constitucionalmente sólida.**

Ahora, para que se pueda materializar el principio de proporcionalidad es menester que, como presupuesto, se presente una colisión entre principios, v.gr., entre derechos o garantías constitucionales fundamentales. De manera que, la finalidad del test de proporcionalidad es analizar cuál puede tener un mayor margen de acción en el caso concreto, sin necesidad de que uno u otro sea suprimido de manera absoluta.

Para aplicar el mencionado test de proporcionalidad, no es dado someterlo al arbitrio del intérprete, sino que la Corte Constitucional ha diseñado un conjunto consecuente de pasos recogiendo ideas de unos y otros modelos diseñados en otras latitudes y que colman las expectativas que se ostentan frente a un mecanismo de ponderación que lo que busca es delimitar el peso de conceptos, *per se*, abstractos.

1. Determinación precaria de la constitucionalidad de la medida y del fin individualmente considerados. Lo que se busca en este primer punto es determinar si la medida analizada y el fin perseguido por la misma, analizados por sí solos e independientemente, resultan ser constitucionales en un juicio de constitucionalidad *a priori*.

Deben responderse en torno a este primer paso dos preguntas: (i) ¿la medida es constitucional *per se*?; **(ii)** ¿el fin buscado por la medida es constitucional?

2. Determinación de los principios en colisión. El segundo paso supone esbozar cuáles son las normas con estructura de principio (principios constitucionales o derechos fundamentales) que se encuentran en colisión en el asunto analizado.

3. SUBPRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

a. IDONEIDAD: busca establecer si la medida analizada es adecuada o útil para obtener el fin constitucionalmente propuesto. Lo anterior busca determinar un escenario de **causalidad** que puede catalogarse como **positiva** (si se crea un escenario favorable para obtener el fin) **negativa** (si la medida crea un estado de cosas que no favorece la obtención del fin propuesto) o **causalidad neutra** si el escenario que crea la medida analizada no beneficia ni perjudica la obtención del fin propuesto.

Atendiendo que, como se prenotó, el principio de proporcionalidad busca prohibir los excesos de la libertad de configuración del legislador, sólo se torna posible la adopción de medidas que generen una causalidad positiva.

Únicamente si se ha establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención legislativa, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde la perspectiva de la Constitución, podrá enjuiciarse si la medida adoptada por el Legislador resulta idónea para contribuir a su realización (Bernal, 2014, p. 876).

En torno a este punto, tenerse en cuenta criterios de temporalidad, probabilidad y plenitud para determinar la idoneidad de la medida.

b. NECESIDAD. Consiste en analizar un posible abanico de posibilidades de medidas que pudieran ser similarmente idóneas para alcanzar el fin propuesto. De cualquier manera, siempre debe optarse por la que resulte ser menos lesiva para el principio intervenido.

En todo caso, el subprincipio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos. En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y en segundo lugar, si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor (Bernal, 2014, p. 935).

c. PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO. Lo que se pretende con su análisis es dotar de un peso específico a cada una de las normas con estructura de principio en colisión con la finalidad de determinar cuál es el grado de beneficio a conseguir y el de la afectación constitucional que se puede generar.

Así las cosas, resulta pertinente evaluar la temática aquí propuesta desde una óptica constitucional que permita evidenciar si las decisiones por las que ha optado el legislador, en ejercicio de su potestad de libre configuración, ostentan el carácter proporcional o, si, por el contrario, se ha tornado en un exceso de su discrecionalidad legislativa con un afán más populista que jurídico o sociológico.

Lo que sí resulta importante delimitar es que, a propósito del análisis realizado en el transcurso del presente estudio, la proporcionalidad será observada en los casos en que es delimitada para la consecuencia del allanamiento a cargos.

La justificación para así llevarlo a cabo es que los posibles estudios que se han realizado a propósito de esta materia han tenido como punto de origen la confusión existente entre la naturaleza jurídica del allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones. De manera que, teniendo en cuenta las diferenciaciones aquí realizadas pueden concluirse dos situaciones precisas: (i) los preacuerdos y los allanamientos ostentan una diferente naturaleza jurídica, pues si bien ambos hacen parte del derecho a terminar anticipadamente el proceso penal, los preacuerdos son un derecho de naturaleza aspiracional y los allanamientos lo son, pero de naturaleza subjetiva.

(ii) Atendiendo la libertad de configuración, es claro que, por la naturaleza transaccional de los preacuerdos en un proceso de naturaleza pública y su carácter aspiracional, el legislador se encuentra en capacidad restringir su acceso teniendo en cuenta el origen y teleología de los preacuerdos.

No así debe pensarse acerca del allanamiento de cargos, pues, según su origen e historia, no se trata de una institución que dependa de la política criminal del Estado, sino de un auténtico derecho subjetivo de los procesados.

¿ES CONSTITUCIONAL ELIMINAR LA POSIBILIDAD DE REBAJAR LA PENA COMO CONSECUENCIA DE UN ALLANAMIENTO A CARGOS EN UN CASO DONDE SE PRESENTE CAPTURA EN SITUACIÓN DE FLAGRANCIA?

1. Determinación precaria de la constitucionalidad de la medida y del fin individualmente considerados. En este punto resulta relevante delimitar cuál es la medida de que se trata el análisis de constitucionalidad y el fin que la misma ha perseguido a partir de su creación:

De este modo, la medida consiste en disminuir la rebaja de pena a que hay lugar como consecuencia del allanamiento a cargos en aquellos eventos en que una persona es capturada en situación de flagrancia.

Por su parte, el fin que se busca con la medida contemplada en el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 es el de aumentar la efectividad del proceso penal, aumentar las penas de algunos delitos con el fin de evitar la excarcelación.

Siendo claro el punto de partida, procederemos a analizar los pasos establecidos por la Corte Constitucional colombiana para determinar la constitucionalidad de la medida y el fin propuesto.

a. ¿La medida es constitucional *per se*? En principio, debe establecerse que el limitar la rebaja de pena en el allanamiento a cargos es una medida constitucional analizada de manera aislada, pues se corresponde con la amplia potestad de libre configuración que ostenta el poder legislativo y la autonomía que se ha reconocido al legislador.

b. ¿El fin buscado por la medida es constitucional? Por su parte, debe tenerse en cuenta que buscar a través de leyes que se aumente la efectividad del proceso penal y se busque, legislativamente, evitar la excarcelación es una finalidad *per se* constitucional.

2. Determinación de los principios en colisión: en este asunto se encuentran enfrentados, en principio, el derecho subjetivo a obtener una rebaja de pena determinada como consecuencia del allanamiento a cargos y, por otra parte, la eficiencia y eficacia en la administración de justicia.

En este asunto cabe hacer la siguiente aclaración: la Corte Constitucional, en sede de control de constitucionalidad ha revisado este asunto de manera previa. No obstante, debe tenerse en cuenta que el argumento al cual se acudió versó sobre que este escenario facilita la labor jurisdiccional del Estado en el proceso penal.

Sin embargo, es claro que los asuntos que aquí se encuentran en colisión son el principio de legalidad de los delitos y de las penas como la expresión del Estado de Derecho y, en contraposición, el derecho que

tiene el procesado a terminar anticipadamente el proceso penal y el derecho subjetivo a que, como consecuencia, se le rebaje el quantum punitivo a imponer en sede de juicio oral a propósito de una sentencia condenatoria.

3. Subprincipios del principio de proporcionalidad

a. Idoneidad: entendiendo que la categoría de idoneidad busca determinar la existencia de una relación de causalidad entre la medida contemplada y el fin propuesto, debe cuestionarse en este punto si **¿limitar la rebaja de pena en los casos en que exista una situación de captura en flagrancia conlleva, necesariamente, que se aumente la efectividad del proceso penal y evitar la excarcelación?**

Se encuentra que la respuesta en este punto es de índole negativa, pues la medida lo que hace es crear un escenario que no favorece para obtener el fin. ¿por qué? Que la rebaja de pena prevista *per se*, se haya disminuido en aquellos escenarios que el procesado es aprehendido en situación típica de flagrancia, conlleva desincentivar que aquel resuelva aceptar los cargos en alguna de las audiencias.

Probablemente quien sea capturado en situación de flagrancia prefiera, por conveniencia, celebrar un preacuerdo donde se le elimine dicha característica. Sin embargo, lo que sí es claro es que **la medida propuesta no posibilita obtener el fin perseguido,**

pues de ninguna manera, disminuir la rebaja de pena del allanamiento a cargos en situación de flagrancia se traduce en un aumento de la efectividad del proceso penal, pues ni se agota más rápido, ni son más los trámites abarcados o se llega a mejores resultados.

Pese a lo anterior lo cierto es que la finalidad perseguida, es decir, según la Ley 1453 de 2011, el aumentar la efectividad del proceso penal y evitar la excarcelación de algunos delitos, resulta ser una finalidad constitucionalmente legítima.

De este modo, la Corte Constitucional ha definido el subprincipio de idoneidad como aquel análisis respecto de si *“la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución* (Corte Constitucional, C-144, 2015).

En conclusión, bien puede ser que la finalidad de aumentar la efectividad del proceso penal y evitar la excarcelación masiva se constituya como un escenario constitucionalmente legítimo. Sin embargo, la medida que limita la rebaja de pena lo que hace es recortar margen de acción al derecho a terminar

anticipadamente el proceso penal sin que esto facilite alcanzar la finalidad prevista.

Ante tal conclusión, se hace necesario concluir que la medida no resulta ser constitucionalmente apta, pues no supera el test de proporcionalidad propuesto por nuestra Corte Constitucional.

Se reitera que, pese a que dicha corporación ya llevó a cabo un análisis al respecto, se resguardó en el argumento -también falaz a nuestro juicio- de que una captura en situación de flagrancia redunda en que el Estado debe llevar a cabo menos esfuerzos para agotar el procedimiento, pues incluso como se ha dicho por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la flagrancia debe ser probada en juicio (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3623-2017 – 48.175, 2017).

Entonces, al no resultar en nuestro criterio como una medida idónea, la misma se torna inconstitucional, pues resulta siendo más perjudicial para el procesado sin que ello reporte el más mínimo beneficio para el Estado, lo que permite inferir que la medida se torna desproporcionada, pues no hay una relación de idoneidad entre medida y fin.

¿ES CONSTITUCIONAL ELIMINAR LA POSIBILIDAD DE REBAJAR LA PENA COMO CONSECUENCIA DE UN ALLANAMIENTO A CARGOS EN UN CASO DONDE SE ATRIBUYAN CARGOS POR TERRORISMO, FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO, SECUESTRO EXTORSIVO Y EXTORSIÓN?

Determinación precaria de la constitucionalidad de la medida y del fin individualmente considerados. Resulta importante delimitar, en este caso concreto, cuál es la medida y el fin perseguido. En primera medida, la determinación adoptada por el legislador fue la de eliminar cualquier posibilidad de rebaja de pena frente a un allanamiento a cargos donde los que se endilguen sean los de terrorismo, financiación del terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión.

El objetivo del legislador al prever dicha medida es prevenir y sancionar la financiación del terrorismo, secuestro y extorsión, así como combatir las fuentes de financiación de actividades terroristas.

- a. ¿La medida es constitucional *per se*?** la medida consistente en eliminar de tajo el acceso a un derecho como lo es el de terminar anticipadamente el proceso con su connatural consecuencia (también derecho de índole subjetiva) resulta ser una medida abiertamente inconstitucional que no tiene potencialidad de que, evaluada aisladamente, pueda considerarse acorde a la Constitución Política.
- Lo anterior se debe a que bajo una básica teoría constitucional, en aquellos eventos en que se ven enfrentados dos o más derechos, dos o más principios, la respuesta jurídicamente procedente no puede ser, en ningún momento, eliminar de tajo el acceso a uno de ellos.

De hecho, es en virtud de lo anterior que se crea la teoría de la ponderación, pues lo que se busca es que, en un caso concreto, se cuente con criterios preestablecidos y objetivos que permitan concluir cómo uno puede tener un mayor margen de aplicación que otro. Sin embargo, a propósito de esta teoría no es posible establecer si uno avasalla a otro hasta el punto de eliminarlo.

Así las cosas, resulta claramente inconstitucional que, para combatir el terrorismo y sus fuentes de financiación, no sólo se restrinja el derecho a tener una rebaja de pena preestablecida en la legislación, sino que se elimine cualquier posibilidad de acceder a ella si se trata de estos delitos.

Aún mayores inconvenientes presenta este escenario si tenemos en cuenta que la atribución de la fiscalía resulta ser una mera hipótesis, de manera que, si el persecutor opta por formular imputación por el delito de secuestro o de extorsión, sin que se trate de ellos, no sólo se eliminó el derecho que tenía el procesado a terminar anticipadamente el proceso y de suyo su derecho a obtener una rebaja de pena como consecuencia del allanamiento a cargos, sino que tampoco se combatió en realidad el terrorismo, finalidad última de esta normativa.

De esta manera, cuando se está frente a una medida que analizada aisladamente no logra superar el filtro de la constitucionalidad por si sola,

necesariamente debe calificarse como una medida inconstitucional que imposibilita el desarrollo completo del test de proporcionalidad.

¿ES CONSTITUCIONAL ELIMINAR LA POSIBILIDAD DE REBAJAR LA PENA COMO CONSECUENCIA DE UN ALLANAMIENTO A CARGOS EN UN CASO DONDE SE ATRIBUYAN CARGOS POR HOMICIDIO O LESIONES PERSONALES DOLOSAS, DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES O SECUESTRO CONTRA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

En torno a este punto, debe tenerse en cuenta que la medida es la **eliminación total** de la rebaja de pena que la ley prevé como consecuencia natural del ejercicio del derecho a terminar anticipadamente el proceso penal por vía del allanamiento a cargos.

La finalidad que se persigue con dicho escenario restrictivo es que se satisfagan las expectativas de la sociedad frente a la administración de justicia y la necesidad de que los comportamientos señalados en contra de los menores de edad no se repitan, es decir, evitar la reincidencia. En el mismo sentido, la finalidad es ampliar el margen de protección de un sujeto que constitucionalmente es acreedor de discriminación positiva.

a. **¿La medida es constitucional *per se*?**

En el mismo sentido que en el caso anterior, esta medida consiste en abolir completamente un derecho que tiene todo aquel procesado que decida

acogerse a la terminación anticipada del proceso penal por vía del allanamiento a los cargos.

Nótese entonces cómo la prevalencia del interés del menor y el ánimo de evitar la reincidencia se traduce en que todo aquel que resulte ser indiciado de haber cometido un comportamiento como homicidio, lesiones personales dolosas o alguno que atente contra la libertad y formación sexual de un menor de edad, resultará enfrentarse a la imposibilidad de que se le rebaje la pena en caso de que resuelva colaborar con la administración de justicia aceptando los cargos atribuidos.

Así, recuérdese que para analizar la contraposición de derechos que aquí se pretende hacer notar, no es posible el análisis de carácter absoluto del “todo o nada” que aplica Dworkin sobre las reglas, sino, que como lo menciona Robert Alexy (2008) se busca que *“algo sea realizado en la mayor medida posible, en función de las posibilidades fácticas y jurídicas”* (pp. 67 y ss).

Como se ha venido esbozando, la teoría de la ponderación supone que

cuando dos principios entran en colisión (por ejemplo, porque el primero establece que una conducta determinada está prohibida y el segundo está permitida) uno de los dos ha de ceder frente al otro. Pero esto no significa que uno de los dos principios sea inválido, ni que en el principio desplazado haya que introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. (Morello, 2009, pp. 113-114)

Frente a esta situación, es claro que la medida dispuesta por el legislador penal según la cual, para amparar la protección reforzada de los menores, es viable **suprimir** la rebaja de pena como derecho subjetivo del procesado, resulta ser un argumento desproporcionado y, de contera, inconstitucional. Adviértase, que uno de los principios más relevantes de nuestro Estado de Derecho es la protección de los menores. Incluso, la Constitución Política establece que sus derechos prevalecen sobre los de los demás, teniendo así una protección reforzada. No obstante, esto no es razón suficiente para abolir un derecho, cualquiera que sea el enfrentado. Pudiera ser constitucionalmente admisible que se restrinja parcialmente su margen de acción, pero no puede llevarse a cero.

Bajo tal supuesto, la teoría de la ponderación de Alexy, que se constituye como un método de estudio sistemático y progresivo, implica que, si fracasa uno de los estadios objeto de valoración, esto impedirá continuar su análisis, motivo por el cual no se prosigue con el estudio pertinente, debido a que la medida no resiste un análisis de constitucionalidad *prima facie*, escenario en el que nos encontramos en este caso particular.

¿ES CONSTITUCIONAL ELIMINAR LA POSIBILIDAD DE REBAJAR LA PENA COMO CONSECUENCIA DE UN ALLANAMIENTO A CARGOS EN UN CASO DONDE SE ENDILGUE LA COMISIÓN DEL DELITO DE FEMINICIDIO?

Para este caso particular, la medida tomada por el legislador consistió en disminuir la cantidad de rebaja de pena prevista por el Código de Procedimiento Penal como consecuencia de que un ciudadano se allane a

los cargos en las diferentes etapas previstas (formulación de imputación, audiencia preparatoria e inicio del juicio oral).

El objetivo que busca dicha restricción o limitación de rebaja de pena, según la exposición de motivos de la Ley 1761 de 2015, es:

Se trata de propiciar no solo un cambio de paradigma en el derecho penal colombiano frente a los derechos de la mujer, sino también la institucionalización de acceso a un recurso judicial efectivo de protección y exigencia en la aplicación del principio de la “debida diligencia” y el compromiso del Gobierno Colombiano y de sus instituciones jurídico políticas de garantizar el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencias y que los crímenes cometidos contra ellas, no encuentren como actualmente sucede, obstáculos que ofenden su dignidad humana, vulneran las garantías constitucionales al debido proceso y en suma, dejan en la impunidad y en el silencio, crímenes que la comunidad internacional ha considerado como de Lesa Humanidad Congreso de Colombia. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No. 107 de 2013 *“por el cual se crea el tipo penal de feminicidio como delito autónomo y se dictan otras disposiciones”*.

Si bien se advierte del Proyecto de Ley No. 107 de 2013 un vacío argumentativo y dogmático sobre la afirmación según la cual se cataloga el

delito de feminicidio como uno de Lesa Humanidad, con la cual no estamos de acuerdo. Lo cierto es que la que después se convirtió en la Ley 1761 de 2015 tuvo como finalidad proteger la vida de las mujeres cuya transgresión iba en un vertiginoso y constante aumento a manos de hombres, por cuestiones sociales y políticas históricamente existentes.

La conducta individualmente acaecida se enmarca dentro de un carácter contextual político producto de las relaciones de poder entre los varones y las mujeres. En este sentido ha de entenderse que la lesividad no solo se constituye con el hecho concreto de la muerte violenta de una mujer, sino que la lesividad comprende de manera más amplia ese significado político de relaciones de poder. El daño así comprendido vulnera los ámbitos mínimos de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente (...). La construcción de normas penales a partir del ideal del principio de igualdad, oscurece la necesidad de protección penal reforzada, tornando, además, en ilegítimo, en el ámbito del injusto penal, una imputación penal efectuada a partir del reconocimiento de la diferencia así vista (Abadía, 2018, pp. 195-196).

En este sentido, la valoración realizada por el legislador ha estimado que en estos casos se requiere una respuesta penal más contundente, pues en su sentir, existe mayor lesividad en el comportamiento de feminicidio.

Podríamos detenernos a revisar si la argumentación a la que acudió el legislador fue suficiente para la creación de un tipo penal autónomo. Sin embargo, es claro que esta es una labor propia de su fuero, pues a propósito de éste es que determina los valores que requieren ser criminalizados (bienes jurídicos).

Claro lo anterior, el legislador ha tomado medidas que estima más contundentes para combatir el creciente número de casos de feminicidios, siendo una de ellas la de suprimir la rebaja de pena consecuencia del allanamiento a cargos.

a. ¿La medida es constitucional *per se*? Sí, que el legislador opte por recortar (sin abolir) la rebaja de pena que se genera como consecuencia del allanamiento a cargos resulta ser una medida que ha sido reconocida a su potestad de libre configuración. Es la clara manifestación de la autonomía del legislador sin suprimir el derecho subjetivo a la rebaja de pena.

b. ¿El fin buscado por la medida es constitucional?

Al tratarse de un asunto de discriminación positiva, es constitucionalmente legítimo que se opte por una respuesta penal más contundente al tratarse de actos violentos en contra de la mujer y que se tornan inaceptables para la sociedad, pues se trata de un aspecto de libre configuración legislativa. De manera que es

constitucionalmente viable que el legislador pretenda incrementar la protección de que es objeto la mujer en Colombia.

Determinación de los principios en colisión

Colisionan en este asunto, el derecho subjetivo que le asiste a quienes fungen como procesados a obtener una rebaja de pena prevista en la legislación procesal (atendiendo al principio de legalidad) y, del otro lado, el derecho de igualdad material que le asiste a las mujeres, quienes en virtud de dicho principio se convierten en sujetos de especial protección y un grupo susceptible de discriminación positiva.

Subprincipios del principio de proporcionalidad

a. Idoneidad: debe tenerse en cuenta que la medida adoptada por el legislador tendiente a propiciar una respuesta punitiva más severa en contra de los actos criminales dirigidos en contra de las mujeres no resulta ser idónea para disuadir la ejecución de comportamientos constitutivos de feminicidio, pues esta categoría lo que busca establecer es que *“la intervención que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo suficientemente apta para lograr el fin que se pretende conseguir”* (Corte Constitucional, Sala Plena, C-145 de 2015).

Por supuesto, la labor legislativa no ha de estimarse respecto del sentimiento o la voluntad que el Congreso tenga para disminuir tan terrible conflicto social.

Sin embargo, hasta el momento en que se presenta este ensayo, es decir, el mes de julio de 2020, las estadísticas presentadas por la fiscalía son dramáticas y, particularmente, han experimentado un vertiginoso crecimiento luego de la expedición de la ley 1761 de 2015.

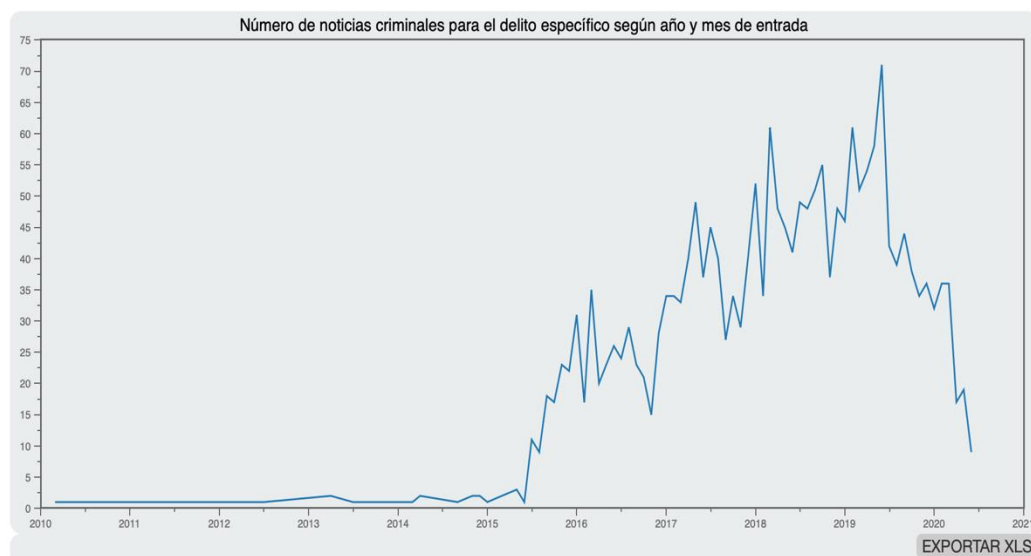
AÑO	NÚMERO DE CASOS
2015	101
2016	269
2017	442
2018	569
2019	574
2020 (julio)	149

DELITO

FEMINICIDIO ART. 104A C.P. ▼

TENTATIVA

SELECCIONAR TODOS ▼



Tomado de

<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>

Teniendo en cuenta que la medida no es idónea para alcanzar el fin propuesto, la injerencia Estatal resulta desproporcionada, por lo que es importante reevaluar el sustento constitucional de esta disposición, en aras de permitir que la rebaja de pena prevista en la ley, genéricamente, sea también aplicable a los casos de feminicidio.

Se hace claridad que no se critica en este asunto la creación misma de un tipo penal autónomo, sino la medida que supone la restricción parcial de rebaja de pena a que hay lugar en el allanamiento a cargos a partir de un argumento que no supera un examen de constitucionalidad, pues la medida que dispone para alcanzar la finalidad (disminuir el delito de feminicidio) no se constituye en un canal adecuado desde la óptica constitucional.

CONCLUSIONES

El derecho penal se ha contemplado como la arista del control social formal más estricto con que cuenta el Estado para lograr disuadir los comportamientos punibles.

En todas las épocas del desarrollo de las civilizaciones y actuales sociedades, se ha considerado que el poder punitivo del Estado causa dolor y sufrimiento respecto de aquellos individuos sobre los que recae su aplicación. No obstante, siempre se ha pensado como el canal idóneo a través del cual se busca resocializar los individuos que han actuado antijurídicamente o al menos a través del cual se equilibran las cargas que el delito desigualó.

El desarrollo del derecho penal no ha tenido una historia fácil, mucho menos amable. No obstante, es cierto que el paso del tiempo hizo comprender a la humanidad que su materialización debía hacerse teniendo en cuenta criterios de humanidad y racionalidad y entonces, se comprendió la ingente necesidad de imponer límites al Estado al momento de hacer uso efectivo de su más represivo e invasivo poder.

Sin embargo, es claro que el muy rápido desarrollo de las sociedades cada vez más supera la capacidad del hombre de anteponerse a las circunstancias que diariamente se crean; por no ir muy lejos, basta sólo rastrear lo que ha sido el desarrollo de la tecnología en los últimos tiempos para comprender que hay múltiples escenarios sobre los que se tiene noticia cada día y que el hombre apenas empieza a desarrollar.

Con lo anterior, se ha hecho necesario que el constitucionalismo se deje de entender como un cúmulo de normas absolutamente estático y, por el contrario, se contemplen mecanismos que permitan su constante actualización y su rápida y eficaz efectividad para alcanzar así la viabilidad de la vida en sociedad.

Derechos como el plazo razonable, el de impugnación, la doble conformidad, aquellos que se desarrollan en el ámbito informático, los que tienen que ver con la información y el habeas data, entre otros, han surgido como la inmediata respuesta de la humanidad a aquellas necesidades que van emergiendo con el avanzar de la civilización.

Esto es posible al acoger, como aquí se ha hecho, una teoría realista sobre los derechos que predica la creación de esta clase de prerrogativas de acuerdo con los requerimientos del hombre histórico, es decir, a aquellas exigencias sociales que se constituyen en los mandatos del pueblo tan necesarios para hacer viable el funcionamiento de las instituciones y la vida democrática.

En otras palabras, los derechos no son ideales intemporales que tiene el hombre por la mera razón de serlo, ni son simples fórmulas retóricas que se incluyen en las constituciones y leyes para hacerlos exigibles, sino que son el producto de las exigencias sociales que el hombre, consciente de su rol social realiza al Estado.

Desde la implementación de la Ley 906 de 2004 se acogió la idea -porque era la filosofía del sistema- que sólo un muy pequeño número de casos debía

llegar a instancias del juicio oral, pues el resto debía concluir a través de mecanismos de terminación anticipada del proceso. Incluso, la Suprema Corte de Estados Unidos resultó argumentando que dichos canales de conclusión anormal del proceso eran una parte esencial para posibilitar su funcionamiento, pues de lo contrario, se requería una superlativa inversión económica y humana para que medianamente pudiera materializarse el sistema, lo que económicamente parecía (parece) una utopía.

A propósito de esta exigencia social, es que el legislador ha ido, paulatinamente, contemplando mecanismos de terminación anticipada del proceso penal y el presente trabajo se ocupó de estudiar el allanamiento a cargos y los preacuerdos y negociaciones como expresiones procesales del mismo.

Es menester resaltar que pese a la muy variable postura de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, y la elusión de bases teóricas para pronunciarse al respecto, se ha intentado definir en este trabajo el margen de aplicación que tiene cada una de estas instituciones, concluyendo que no es posible ignorar la racionalidad de la ley que necesariamente conlleva a definir que los preacuerdos y negociaciones se sustentan en una filosofía del consenso, demandando un acuerdo bilateral, mientras que el allanamiento se cimienta en el sometimiento del procesado al poder del Estado y no es, como se ha pretendido hacer ver, una expresión de los primeros.

El allanamiento a cargos, de índole unilateral, es la posibilidad legal que tiene el procesado de aceptar los cargos que ha formulado la Fiscalía General

de la Nación. Esta facultad, en cabeza del procesado, cuenta con estrictos escenarios procesales para su consumación, esto es, la audiencia de formulación de imputación, la audiencia preparatoria y el inicio del juicio oral.

Sin fijarse en la consecuencia que puede generar el allanamiento a cargos, es posible catalogar esta institución como una garantía del procesado, pues en últimas se constituye como una técnica de tutela de un derecho subjetivo y su naturaleza es verdaderamente irreductible, pues recuérdese que de ninguna manera es factible pretermitir la posibilidad de que se presente un allanamiento a los cargos, so pena de que se concrete una vulneración al debido proceso.

En lenguaje técnico jurídico, esto hace que el allanamiento a cargos se pueda catalogar como una norma jurídica con estructura de regla, compuesta de un supuesto y una consecuencia jurídica (que en este caso es un derecho subjetivo).

De este modo, es posible ligar el allanamiento a cargos con fines esenciales del Estado, como el posibilitar la participación del individuo en las decisiones que le afectan y, además, se vincula con derechos fundamentales como el de la autodeterminación y el de libertad personal.

Ahora bien, el allanamiento a cargos trae como consecuencia la rebaja del quantum punitivo a imponer en caso de que el procesado fuera vencido a instancias del juicio oral por los cargos que le endilga la Fiscalía General de la Nación.

Debe tenerse en cuenta que cuando nos referimos a la rebaja de pena como consecuencia del allanamiento a los cargos, hacemos alusión a un **derecho subjetivo, entendiendo por éste una prerrogativa que tienen los ciudadanos *sub judice* frente al Estado, misma que se torna de imperativo cumplimiento para éste y que los demás asociados deben respetar.**

Esta clase de rebaja de pena cuenta con un escenario cierto en el que se puede aplicar (audiencia de formulación de imputación, audiencia preparatoria y/o audiencia de juicio oral). Adicionalmente, cada una de estas instancias procesales cuenta con unos límites mínimos y máximos entre los cuales puede fluctuar la rebaja de pena que al final decide el juez y, como es apenas lógico, encuentra una estricta regulación legal que permite establecer el sí, el cómo, el cuándo y el por qué de su aplicación.

Como todo derecho subjetivo, la rebaja de la pena que contempla el allanamiento a cargos como consecuencia jurídica es, sin lugar a duda, exigible en sede constitucional jurisdiccional con un argumento básico: el debido proceso.

De otra parte, encontramos los preacuerdos y negociaciones, otra institución que permite materializar el derecho a terminar anticipadamente el proceso penal. No obstante, la diferencia crucial frente al allanamiento a cargos es que aquel impone un escenario transaccional entre acusador y acusado, mientras que éste se caracteriza por ser esencialmente unilateral del procesado.

Con esto en mente, ha sido posible determinar que, si bien es posible catalogar los preacuerdos y negociaciones como una norma jurídica con estructura de regla, igual que el allanamiento a cargos, y a primera vista ambas comparten la misma consecuencia, esto es, la rebaja de pena, lo cierto es que la naturaleza jurídica de ésta es diferente cuando se trata de los preacuerdos y negociaciones. De allí, la imperiosa necesidad de escindir ambos institutos jurídicos para referirse con propiedad a la naturaleza de ambos.

La rebaja de pena que se surte como consecuencia de los preacuerdos y negociaciones también puede verse como un derecho. Sin embargo, es muy importante hacer énfasis en que **el mismo no es subjetivo, sino aspiracional**. En otras palabras: el preacuerdo es una norma jurídico-procesal cuyo supuesto jurídico está delimitado en la Ley 906 de 2004. Sin embargo, la consecuencial rebaja de pena no es exigible jurisdiccionalmente y sí, más bien, se constituye como una aspiración del imputado a la que puede acceder, sí, y sólo sí, cumple un cúmulo de requisitos impuestos por la ley.

Así las cosas, la rebaja de pena en el marco de los preacuerdos es un derecho de aquellos que se conciben en la teoría constitucional como **programáticos**, respecto de los cuales debe propenderse por maximizar su margen de acción, sin que su aplicación se torne imperativa.

La absoluta relevancia de esta conclusión no puede ser otra que la inmediata incidencia que se tiene en aquellos eventos donde el legislador ha optado

por, en el mejor de los casos, limitar la rebaja de pena que es consecuencia del allanamiento a cargos y, en otros tantos, por restringirla parcialmente. Lo anterior por cuanto es claro que, si estamos frente a un derecho de naturaleza programática o aspiracional, lo cierto es que el legislador en ejercicio de su potestad de configuración puede tender a maximizar su aplicación, pero, a la vez, optar por limitarlo en aquellos escenarios en que crea inconveniente socialmente su aplicación. No así sucede con el derecho subjetivo, que en principio no debería ser limitado y en los casos en que se encuentre en colisión con otras prerrogativas de la misma índole, podría verse restringido parcialmente, más nunca abolido.

Téngase en cuenta que, si la rebaja de pena que se contempla como consecuencia del allanamiento a cargos es un derecho subjetivo o fundamental, lo cierto es que el legislador en ejercicio de su libre configuración puede establecer algunos escenarios en que considere, político criminalmente hablando, que sea necesario limitar parcialmente su acceso.

No obstante, teniendo lo anterior como punto de partida, no resultaría constitucionalmente admisible que el legislador resuelva suprimir el derecho, por más que se trate de bienes jurídicos absolutamente relevantes o preponderantes, pues los derechos no se aplican a través del mismo mecanismo que se aplican las reglas -al todo o nada- (a través de la subsunción) sino a través de la fórmula de la ponderación que tiene una consecuencia cierta: se establece cuál tiene más o menos margen de

aplicación en un caso concreto, pero nunca puede un derecho abolir absolutamente la materialización de otro.

Esta situación conlleva que se evalúen los cuatro escenarios en que se presenta algún tipo de restricción a la rebaja de pena en el allanamiento a cargos: (i) casos en que se presenta la flagrancia; (ii) eventos en que se impute el delito de terrorismo, financiación al terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión; (iii) delitos dolosos o que atenten contra la libertad y desarrollo sexual de los menores de edad y; (iv) el feminicidio.

Al respecto, vale advertir que hay dos escenarios en los cuales el legislador, en ejercicio de su libre configuración legislativa, resolvió **suprimir absolutamente** el margen de aplicación del derecho subjetivo a la rebaja de pena consecuencia del allanamiento a cargos. Esto es, **(i)** los eventos en que se imputen los delitos de terrorismo, financiación al terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión, y; **(ii)** los delitos contra los menores de edad. Desde la óptica del presente ensayo, se plantea la necesidad de que la Corte Constitucional ejecute un juicio de constitucionalidad, pues, como se ha advertido, la teoría constitucional acogida por dicha corporación ha planteado la inviabilidad de que la aplicación de un derecho elimine absolutamente el margen de maniobrabilidad de otro.

Respecto de los dos escenarios restantes, vale hacer la siguiente apreciación: en ejercicio de la libertad de configuración legislativa es jurídicamente viable restringir parcialmente el margen de aplicación de los derechos fundamentales, luego de llevar a cabo un análisis de proporcionalidad, por

pensar que es una medida idónea, necesaria y proporcional para alcanzar un fin superior.

Vale advertir entonces que, no basta con que en un escenario de confrontación de derechos la aplicación de uno no suprima el otro, para aceptar que solventa un juicio de constitucionalidad. Aunado a lo anterior, es menester que la argumentación que cimienta las razones por las cuales se restringe parcialmente un derecho **también debe adecuarse a la constitución**, es decir, si a un derecho “a” se le reconoce mayor margen de aplicación cuando se enfrenta a un derecho “b”, dicha legitimación debe obedecer a una medida **idónea, necesaria y proporcional en estricto sentido** para alcanzar el fin.

Al momento de valorar los motivos acogidos por el legislador para limitar parcialmente la rebaja de pena consecuencia del allanamiento a cargos, en casos en donde el procesado es aprehendido en situación de flagrancia, estimamos que son razones que no solventan un juicio de constitucionalidad, específicamente **por no ser una medida idónea para alcanzar el fin propuesto**.

A decir verdad, el hecho de que un ciudadano sea capturado en flagrancia de ninguna manera implica que el Estado tenga una postura más fácil al momento de abordar un proceso, pues en nuestro país, a diferencia de otras latitudes, no existe un trámite abreviado en este tipo de situaciones.

De modo que, una captura en flagrancia incluso tiene como desventaja para el Estado que suprime la fase de indagación preliminar, reemplazándola únicamente por los actos urgentes, pero, necesariamente, implica la

realización de un proceso con todas sus fases previstas si no hay una terminación anticipada.

En este sentido, propondremos también la intervención de la Corte Constitucional para evaluar esta situación que, si bien ya ha sido abordada por el alto tribunal, se propenderá por plantear en los términos esbozados en el presente ensayo, cuyos argumentos difieren del razonamiento ya abordado por la Corte y que configura la cosa juzgada constitucional.

Finalmente, cuando abordamos el escenario en que el legislador limitó la rebaja de pena por tratarse del delito de feminicidio, es posible establecer que, si bien la medida individualmente analizada (restringir parcialmente la rebaja de pena del artículo 351 de la Ley 906 de 2004) es constitucional, así como también lo es el fin constitucionalmente previsto (disminuir la violencia contra la mujer y los homicidios que tienen como base razones de poder), existen problemas en la idoneidad de estas medidas.

Como se ha pretendido plantear, el legislador se percató de la existencia de un problema social que con el pasar del tiempo cobraba mayor relevancia, como los casos de feminicidio, y dispuso las medidas que estimó convenientes para disminuir la materialización de tan reprochables conductas al interior de nuestra sociedad.

Sin embargo, la praxis histórica del derecho en nuestro país ha hecho evidente que la solución desde una óptica criminológica y penológica no es la creación de más y más delitos o de mayores penas, pues el desarrollo de las sociedades ha demostrado que esto no es un factor que de verdad

prevenga la comisión de delitos o que disuada a los individuos de cometerlas.

Estadísticamente, se ha establecido cómo incluso a partir de la promulgación de la Ley 1761 de 2015, los casos de feminicidio han aumentado con el transcurrir de los años, lo que contribuye a analizar la medida en el caso concreto para concluir que no se constituye como una medida idónea para alcanzar el fin propuesto por el legislador.

En ese sentido, advirtiéndose que la rebaja de pena del allanamiento a cargos se constituye como un derecho subjetivo del ciudadano, se considera viable presentar a consideración de la Corte Constitucional esta postura a efectos de que aborde nuevamente estas restricciones (totales y parciales) para emitir el juicio de constitucionalidad con nuevos argumentos expuestos.

Ahora bien, en lo que atañe a la restricción del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, se reafirma que la postura aquí acogida es que la misma únicamente se encuentra prevista para la justicia penal negociada, género que no contiene dentro de sí el allanamiento a cargos. De lo anterior, se colige que **(i)** fue voluntad del legislador que dicho requisito sólo aplicara al momento de celebrar un preacuerdo por cuestiones político-criminales; **(ii)** entender el allanamiento a cargos como una garantía impide que se restrinja su aplicación por cuestiones económicas; **(iii)** en el mismo sentido, al tratarse la rebaja de pena de un derecho subjetivo, su aplicación tampoco puede ser cercenada por argumentos económicos, aunque sí podría establecerse en la ley que la disminución punitiva dependerá del reintegro que se haga del dinero ilícitamente apropiado, pero hoy la ley no contempla

este escenario y, desde nuestra óptica, no resulta constitucionalmente admisible supeditar el allanamiento al reintegro del dinero ilícitamente apropiado.

De manera que, la relevancia del presente estudio se evidencia en que, reconocer la naturaleza jurídica del allanamiento a cargos, del preacuerdo y de ambos escenarios de rebaja de pena, permitiría aclarar las posturas jurisprudenciales que hoy se establecen sobre dichas instituciones, evitar su manejo político y coyuntural en los estrados jurisdiccionales y ¿por qué no? Servir como llamado de atención para que en Colombia iniciemos la construcción urgente de una dogmática procesal, que ojalá tienda por un derecho penal **más humanitario, más racional y menos invasivo.**

PROPUESTA

Como bien es sabido, la Corte Constitucional colombiana ha realizado ingentes esfuerzos académicos en sus providencias. Al respecto, la materia de la cosa juzgada ha sido uno de los asuntos en los que más énfasis se ha hecho en sus providencias, pues es claro que debe advertirse a los ciudadanos cuándo y cómo pueden acceder a la administración de justicia para reprochar distintas situaciones, entre ellas una norma con fuerza de ley.

Sobre este asunto, la Corte ha establecido que la cosa juzgada es esa **inmutabilidad** de las decisiones plasmadas en una sentencia cuyo carácter es **vinculante** y **definitivo**, por lo que su mayor objetivo es **impedir que se regrese sobre discusiones que ya fueron objeto de debate y valoración por las autoridades competentes para decidir de fondo**.

Pese a lo anterior, esta situación ha sido matizada por la Corte Constitucional bajo el entendido de que,

En el proceso constitucional es necesario modular la operancia de la cosa juzgada conforme a un análisis que tenga en cuenta la posibilidad de que se planteen nuevos cargos, no tenidos en cuenta por el juez constitucional, o que el examen de las normas demandadas se haya limitado al estudio de un solo asunto de constitucionalidad, o que no se haya evaluado la disposición frente a la totalidad de la Carta, o que exista una variación en

la identidad del texto normativo. En eventos como estos, no obstante existir ya un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada (Corte Constitucional, Sala Plena, C-100 de 2019).

Bajo tal presupuesto, se buscará a partir de la argumentación expuesta, que no ha sido valorada por la Corte Constitucional en los exámenes de constitucionalidad discutidos, **presentar demandas de inconstitucionalidad** en contra de la normativa aquí referida, buscando que la modulación del entendimiento de la institución de la cosa juzgada permita al Guardián de la Constitución entrar a valorar de fondo lo planteado en los libelos y se varíe la postura que se ha tenido en sede procesal penal de limitar las rebajas de pena resguardados en la postura que maximiza la libertad de configuración del legislador.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abadía, M. (2018). *Feminismos y sistema penal* (1st ed). Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
2. Alexy, R. e. a. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (1st ed.). Quito, Ecuador: Miguel Carbonell.
3. Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (1st ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
4. Alexy, R. (2008). *Teoría de los derechos fundamentales* (2nd ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
5. Armenta Deu, T. (2012). *Sistemas procesales penales. la justicia penal en Europa y América* (1st ed.). Madrid, España: Marcial Pons.
6. Barona Vilar, S. (2017). *El proceso penal desde la historia* (1st ed.) Tirant Lo Blanch.
7. Bernal Cuellar y Montealegre Lynett. (2013). *El proceso penal, estructura y garantías procesales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
8. Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho* (1st ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
9. Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (4th ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

- 10.** Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos* (1st ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 11.** Bernal, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica* (1st ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 12.** Bobbio, N. (1990). *Contribución a la teoría del derecho* (1st ed). Madrid, España: Debate.
- 13.** Bobbio, N. (2017). *Locke y el Derecho Natural* (1st ed). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- 14.** Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 15.** De Diego Diez, Luis Alfredo. (1996). *La conformidad del acusado*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- 16.** Ferrajoli, L. (2009). *Neoconstitucionalismo(s)*. (4th ed.). Madrid, España: Trotta.
- 17.** Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón* (10 ed.) Madrid, España: Trotta.
- 18.** Ferrajoli, L. (2014). *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Tomo 1. (1st ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- 19.** Ferrajoli, L. (2018a). *Constitucionalismo más allá del estado* (1st ed.). Madrid, España: Trotta.
- 20.** Ferrajoli, L. (2018b). *El paradigma garantista* (1st ed.). Madrid: Trotta.

- 21.** Galeano, F. (2011). *Test de igualdad en la jurisprudencia constitucional*, Observatorio Constitucional Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia: Universidad de los Andes.
- 22.** García Villegas, M. (2012). Revista Análisis Político. *Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en américa latina*. Volúmen (25) Recuperado de <https://revistas.unal.edu.co/index.php/anpol/article/view/43508/44797>
- 23.** Gargarella, R. (2014). La sala de máquinas de la Constitución: Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Móstoletos-Madrid: Katz Editores. Retrieved March 30, 2020, from www.jstor.org/stable/j.ctvm7bcjw
- 24.** Gómez Pavajeau, C. (2017). *La dogmática jurídica como ciencia del derecho* (2nd ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 25.** Gómez Pavajeau, C., & Guzmán Díaz, C. (2019). *Instituciones procesales penales consensuales* (2nd ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 26.** Langbein, J. (1979). Law and Society Review. *Understanding the short history of plea bargaining*, volumen (261). (p. 262). Recuperado de https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=13931&context=journal_articles
- 27.** Legaz y Lacambra, L. (1979). *Filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch.

- 28.** López Medina, D. (2008). *Teoría impura del derecho* (1st ed.). Bogotá: Legis.
- 29.** Martínez Sánchez, M. (1990). *La abolición del sistema penal*
- 30.** Molina López, R. (2012). *La conformidad en el proceso penal* (1st ed.) Grupo Editorial Ibañez.
- 31.** Moreso, J. (1997). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 32.** Peña Freire, A. (2009) *cinco teorías sobre el concepto de los derechos*. Doxa cuadernos de filosofía, p. 670.
- 33.** Pérez Luno, A. (2018). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución* (12th ed.). Madrid, España: Editorial Tecnos.
- 34.** Preciado Domenech, C. (2016). *Interpretación de los derechos humanos y los derechos fundamentales* (1 ed.). Pamplona, España: Editorial Aranzadi.
- 35.** Uprimmy Yepes, R., Sánchez Duque, L. (2013). *Constitución de 1991, justicia constitucional y cambio democrático: un balance dos décadas después*. Cahier des Amériiques latines, volumen (71). doi: 10.4000/cal.2663.
- 36.** Urbano Martínez, J. (2018). *La nueva estructura probatoria del proceso penal* (2nd ed.). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- 37.** Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, A. (2011). *Derecho civil, parte general y personas* (17 ed.). Bogotá, Colombia: Temis.

- 38.** Varela, F. J. S. (2004). Preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado. *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, (9), 85-108.
- 39.** Vesting, T. (2018). *Teoría del derecho* (2nd ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- 40.** Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. ley, derechos, justicia* (10th ed.). Madrid, España: Trotta.
- 41.** Zysman, D. (2012). *Sociología del castigo* (1st ed.). Arévalo, Argentina. Ediciones Didot.

Sentencias

Corte Constitucional

- 1.** Corte Constitucional (10 de mayo de 2007) Sentencia T-356 de 2007 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
- 2.** Corte Constitucional (10 de febrero de 2010) Sentencia C-073 de 2010 [MP Humberto Antonio Sierra Porto]
- 3.** Corte Constitucional (15 de octubre de 2019) Sentencia SU-479 de 2019 [MP Gloria Stella Ortiz Delgado].
- 4.** Corte Constitucional (10 de mayo de 2007) Sentencia T-356 de 2007 [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- 5.** Corte Constitucional (23 de agosto de 2012) Sentencia C-645 de 2012 [MP Nilson Pinilla Pinilla].
- 6.** Corte Constitucional (23 de enero de 2014) Sentencia C-015 de 2014 [MP Mauricio González Cuervo].

- 7.** Corte Constitucional (24 de marzo de 2011) Sentencia C-203 de 2011 [MP Juan Carlos Henao Pérez].
- 8.** Corte Constitucional (9 de febrero de 1995) Sentencia C-203 de 2011 [MP Alejandro Martínez Caballero].
- 9.** Corte Constitucional (29 de octubre de 2002) Sentencia C-916 de 2002 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- 10.** Corte Constitucional (10 de agosto de 2005) Sentencia C-822 de 2005 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- 11.** Corte Constitucional (11 de marzo de 2008) Sentencia C-256 de 2008 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- 12.** Corte Constitucional (3 de febrero de 2010) Sentencia C-059 de 2010 [MP Humberto Antonio Sierra Porto].
- 13.** Corte Constitucional (29 de octubre de 2002) Sentencia C-916 de 2002 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- 14.** Corte Constitucional (31 de agosto de 2016) Sentencia C-469 de 2016 [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- 15.** Corte Constitucional (6 de abril de 2015) Sentencia C-144 de 2015 [MP María Victoria Sáchica Méndez].

Corte Suprema de Justicia

- 1.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (28 de febrero de 2018) Sentencia SP 436-2018 - 51.833 [MP José Luis Barceló Camacho]

- 2.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (09 de diciembre de 2010) Sentencia 30.273 [MP Alfredo Gómez Quintero]
- 3.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de julio de 2008) Sentencia 27.263 [MP María del Rosario González Lemos]
- 4.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de junio de 2011) Sentencia 33.754 [MP Javier Zapata Ortiz]
- 5.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (09 de diciembre de 2010) Sentencia 29902 [MP Alfredo Gómez Quintero]
- 6.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (30 de junio de 2010) Sentencia 28.222 [MP José Leonidas Bustos Martínez]
- 7.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de marzo de 2010) Sentencia 31.061 [MP Alfredo Gómez Quintero]
- 8.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (24 de marzo de 2010) Sentencia 30.550 [MP Alfredo Gómez Quintero]
- 9.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de agosto de 2005) Sentencia 21.954 [MP Jorge Luis Quintero Milanés]
- 10.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (14 de diciembre de 2005) Sentencia 21.347 [MP Yesid Ramírez Bastidas]
- 11.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (4 de mayo de 2006) Sentencia 24.531 [MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez].
- 12.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (8 de abril de 2008) Sentencia 25.306 [MP Augusto José Ibáñez Guzmán].
- 13.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de abril de 2011) Sentencia 34.829 [MP José Luis Barceló Camacho].

- 14.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de septiembre de 2017) Sentencia SP14496-2017 - 39.831 [MP José Francisco Acuña Viscaya].
- 15.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (14 de marzo de 2006) Sentencia – 24.052 [MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón].
- 16.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (23 de mayo de 2006) Sentencia – 25.300 [MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez].
- 17.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (14 de mayo de 2009) Sentencia – 29.473 [MP Jorge Luis Quintero Milanés].
- 18.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (08 de julio de 2009) Sentencia – 31.063 [MP Jorge Luis Quintero Milanés].
- 19.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de abril de 2011) Sentencia – 34.829 [MP José Luis Barceló Camacho].
- 20.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (05 de septiembre de 2011) Sentencia – 36.502 [MP Alfredo Gómez Quintero].
- 21.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (27 de septiembre de 2017) Sentencia – 39.831 [MP José Francisco Acuña Viscaya].
- 22.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (15 de marzo de 2017) Sentencia SP 3623-2017 – 48.175 [MP Patricia Salazar Cuellar].

LEYES

1. Presidencia de la República (30 de noviembre de 1991) artículo 37 (título I) *“por el cual se expiden las normas de procedimiento penal”* (Decreto 2700 de 1991) D.O:40.190.
 2. Congreso de la República (24 de julio de 2000) artículo 40 (título I) *“por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal”* (Ley 600 de 2000) D.O: 44.097.
 3. Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006) Artículo 199 [título II] *Por el cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia* [Ley 1098 de 2006]. D.O: 46.446.
 4. Congreso de Colombia (31 de agosto de 2004) Artículo 350 [Título II] *Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal* [Ley 906 de 2004]. D.O: 45.658.
- Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 260 (1971)